

Algunos aspectos de las normas complementarias al Reglamento Hipotecario sobre la inscripción de actos de naturaleza urbanística

LUIS MIGUEL LÓPEZ FERNÁNDEZ

SUMARIO: 1. *Consideraciones introductorias*: a) Derecho civil, urbanístico e hipotecario. b) Las normas de trascendencia registral en la Legislación Urbanística. 2. *El Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio*: a) Estructura formal. b) Aspectos de las NCRH que serán objeto de comentario. c) Influencia de la Sentencia del Tribunal Constitucional 61/1997, de 20 de marzo, en las cuestiones objeto de comentario.-3. *Inscripción de los proyectos de equidistribución*: a) Concepto de Proyecto de equidistribución. b) La nota marginal de iniciación del procedimiento equidistributivo contemplada en el artículo 5 de las NCRH: b1) Alcance de la afección publicada por la nota del artículo 5 de las NCRH. b2) Momento a partir del cual puede practicarse la nota marginal cuando se actúa por compensación. b3) La nota marginal de iniciación del procedimiento y la inscripción del expediente equidistributivo. c) Régimen de las titularidades limitadas y de los derechos y gravámenes inscritos sobre las fincas de origen: c1) La compleja regulación anterior al TRLS de 1992 y a las NCRH. c2) Regulación actual: El artículo 168 del TR de 1992 y los artículos 11 y 12 de las NCRH.-4. *La declaración de obra nueva en las NCRH*. a) Los preceptos de las NCRH relativos a la declaración de obra nueva y el artículo 37.2 del TRLS de 1992. b) La finalidad perseguida por el artículo 37.2 del TRLS y por su antecedente el artículo 25.2 de la Ley 8/1990. c) Las NCRH en relación con los problemas planteados por el artículo 25.2 de la Ley 8/1990 y por el artículo 37.2 del TRLS de 1992: c1) El ámbito de aplicación espacial del artículo 37.2 del TRLS de 1992 y el artículo 46 de las NCRH. c2) El ámbito de aplicación temporal del artículo 37.2 del TRLS de 1992 y el artículo 52 de las NCRH. c3) El ámbito de aplicación material del artículo 37.2 del TRLS de 1992 y los artículos 45 y 53 de las NCRH. c4) El contenido de la certificación exigida por el artículo 37.2 del TRLS de 1992: el artículo 46 de las NCRH. c5) El «técnico competente» para certificar: el artículo 50 de las NCRH. c6) El artículo 49 de las NCRH y la intervención del técnico certificador.-5. *Las NCRH y la inscripción de las transferencias de aprovechamiento urbanístico*: A) Consideraciones introductorias: a) Las TAUS y sus alternativas. b) Aspectos que abordaremos en este trabajo. B) Las ventas directas de aprovechamientos por la administración en las NCRH: a) Regulación llevada a cabo por las NCRH. b) La apertura de folio al aprovechamiento transferible adquirido por la

Administración. c) La venta directa de aprovechamientos genéricos por parte de la Administración no puede acceder al Registro de la Propiedad. d) Innecesariedad de que las ventas directas de aprovechamientos accedan al Registro de la Propiedad. e) Consecuencia lógica de los dos factores últimamente citados: las ventas directas no accederán, en su mayor parte, al Registro de la Propiedad. C) Los derechos reales existentes sobre las parcelas afectadas por una TAU y el consentimiento de los titulares de cargas: a) Regulación llevada a cabo por las NCRH. b) La carencia de una norma de derecho dispositivo acerca de los efectos de una TAU sobre los derechos reales limitados. c) Las cargas y derechos reales limitados, ¿afectan de modo principal a las parcelas o a su valor? d) Solución que nosotros defendimos y problemas planteados por la interpretación llevada a cabo en las NCRH: d1) Nuestra interpretación acerca de los efectos de la TAU sobre los derechos reales limitados. d2) Problemas planteados por la interpretación de las NCRH. D) Actividad fiscalizadora de la Administración en relación con las TAUS.

1. CONSIDERACIONES INTRODUCTORIAS

a) DERECHO CIVIL, URBANÍSTICO E HIPOTECARIO

La normativa reguladora del derecho de propiedad inmobiliaria contenida en el Código Civil y en la Ley de Propiedad Horizontal resulta fuertemente modalizada durante la fase de urbanización-edificación, o bien de reconstrucción de las edificaciones existentes. En esa fase la primacía del ordenamiento urbanístico es casi agobiante, pero una vez concluida la actividad edificatoria el Derecho privado vuelve a situarse en primer plano —al menos hasta la incierta fecha en que haya de sustituirse nuevamente la edificación.

Este carácter «secuencial» de la propiedad inmobiliaria permite que el Derecho civil y el Derecho urbanístico puedan coexistir con ámbitos propios y principios perfectamente diferenciados. Sólo la perpetuidad del dominio y la tradicional perspectiva que considera la edificación como facultad inherente al mismo parecen enturbiar un panorama tan sencillo en apariencia, pero este problema tampoco suele alcanzar tintes de dramatismo porque los autores suelen abordar la cuestión desde la perspectiva de los grandes principios, polarizándose las distintas posiciones a lo largo de una cadena cuyos extremos vendrían representados por quienes entienden que la facultad edificatoria es inherente al dominio y los que consideran que el propietario es mero concesionario de la Administración ¹.

¹ Quizá hoy, una vez asumido que la urbanización de los terrenos aptos para incorporarse a la ciudad tiene interés social, hubiera que profundizar en la determinación de los supuestos en que ese interés social exigirá la expropiación de los propietarios, en lugar de aplicar alguno de los sistemas que permiten el mantenimiento de los mismos y la ejecución, por ellos o a su costa, de la obra urbanizadora. Este problema, que a nuestro juicio debería ser resuelto en una Ley estatal por afectar indudablemente a las condiciones básicas relativas al ejercicio del derecho de propiedad, se resolvía en el artículo 149 del Texto Refundido de la Ley de Suelo de 1992 incrementando la discrecionalidad de la Administración para optar por el sistema de expropiación, mientras el artículo 119.2 del Texto

Pero si la doctrina civilista ha podido evitar, en cierta medida, la penetración de las técnicas inexorablemente complejas a través de las cuales se expresa el ordenamiento urbanístico, los cultivadores del derecho hipotecario no han podido permitirse semejante opción porque los procesos urbanísticos suponen una sucesiva fase de definición de la posición jurídica de los propietarios frente a otros propietarios y frente a la Administración, y porque esa sucesiva definición tiene una trascendencia frente a terceros claramente expresada hoy en el artículo 22 del Real Decreto Legislativo 1/1992, de 26 de junio, por el que se aprobó el Texto Refundido de la Ley sobre el Régimen del Suelo y Ordenación Urbana (en adelante TRLS de 1992), según el cual: «*La enajenación de fincas no modificará la situación de su titular en orden a las limitaciones y deberes instituidos por la legislación urbanística aplicable o impuestos, en virtud de la misma, por los actos de ejecución de sus preceptos. El adquirente quedará subrogado en el lugar y puesto del anterior propietario en los derechos y deberes vinculados al proceso de urbanización y edificación, así como en los compromisos que, como consecuencia de dicho proceso, hubiere contraído con la Administración urbanística competente*».

Como se desprende del citado precepto con rango de Ley, y además de Ley básica a los efectos previstos en el artículo 149.1.1.^a de la Constitución Española, la interrelación entre el ordenamiento urbanístico y el hipotecario, además de inevitable, difícilmente puede construirse desde una perspectiva unilateral, que se limite a exigir la rendición incondicional del primero frente a los principios hipotecarios. Tampoco es admisible soslayar el problema aduciendo que no hay colisión posible porque el Derecho urbanístico se expresa mediante limitaciones legales del dominio cuya publicidad es la propia de toda norma jurídica, y que por lo tanto no precisan de publicidad registral para ser eficaces frente a terceros —como dispone el art. 26 de la Ley Hipotecaria—: basta con leer atentamente el artículo 22 del TRLS de 1992 para comprobar que la subrogación se predica respecto de limitaciones y deberes impuestos no sólo por la Ley y los planes, sino también por los actos de ejecución de esa legislación, alcanzando incluso a unos compromisos adquiridos por los transmitentes que cada vez son más frecuentes ante el creciente interés que van adquiriendo los procedimientos de ejecución concertada con los particulares².

Refundido de 1976 obligaba a dar preferencia a los sistemas que mantenían a los propietarios en la titularidad del suelo, salvo cuando razones de urgencia o necesidad exigieran la expropiación.

Curiosamente, el artículo 149 del TRLS de 1992 fue declarado inconstitucional por la STC 61/1997, pero sólo en atención a que había sido calificado como norma de derecho supletorio por la disposición final única del propio Texto Refundido, dado que el Alto Tribunal no se planteó si la calificación hecha por el legislador ordinario era conforme con el sistema de distribución competencial llevado a cabo por la Constitución Española.

² Como ejemplo del progresivo incremento de estos procedimientos, el lector puede consultar las modificaciones introducidas en los sistemas de actuación por la Ley 1/1997, de 24 de marzo, del Suelo de Galicia, presentada en las páginas de Información Legislativa de este mismo volumen y comentadas por ELIZALDE Y AYMERICH y LÓPEZ FERNÁNDEZ.

Con todo, hay que reconocer que la articulación de ambos sistemas —urbanístico e hipotecario— resulta posible desde una perspectiva atenta a la consideración de que, en cierta medida, todas las actuaciones administrativas con incidencia en la situación jurídica de los propietarios gozan de una publicidad característica que se pone de manifiesto mediante el trámite habitual de información pública, y, sobre todo, mediante la previsión establecida hoy en el artículo 43.1 del TRLS de 1992³, según el cual «*Todo administrado tendrá derecho a que el Ayuntamiento le informe por escrito del régimen urbanístico aplicable a una finca, unidad de ejecución o sector*».

Si a esta posibilidad de conocimiento de la situación urbanística de una finca añadimos la especialísima acción rescisoria establecida hoy en el artículo 45 del propio TRLS de 1992⁴ para los supuestos en que el transmitente incumpla los deberes de información establecidos en ese mismo precepto, evitando así los efectos de la subrogación proclamada por el artículo 22 del TRLS de 1992, habremos de convenir que la posición del adquirente no resulta tan precaria como podría parecer a primera vista.

Pero el hecho de que el adquirente esté avisado y protegido por otros medios no evita que resulte aconsejable reflejar en el folio registral determinados actos que constituyen hitos fundamentales en el sucesivo proceso de concreción que el Derecho de propiedad experimenta a través de los procesos urbanísticos. Esta consideración ha dado lugar a un concepto relativamente nuevo entre los autores que cultivan el derecho hipotecario: el de publicidad-noticia. Este concepto matiza los efectos de la publicidad registral, en la medida que no garantiza la inmunidad del tercero hipotecario con el mismo alcance que esta última forma de publicidad; sin embargo, y a pesar de lo que pudiera sugerir la denominación que ha adquirido fortuna, tampoco nos encontramos ante un mero anuncio que complementa las otras formas de avisar a los terceros acerca del proceso en marcha. Cada uno de los asientos previstos para reflejar los diversos actos administrativos con trascendencia para la situación del propietario tiene, en este sentido, un tratamiento específico y matizado. Pero si tuviéramos que mencionar un efecto general de todos ellos, podríamos afirmar que su práctica es una carga para la Administración. Y es una carga por una doble razón:

1.º Porque sin la práctica del asiento que avise a los terceros de la existencia de un proceso en curso con incidencia para la situación jurídica de los titulares de derechos reales sobre la parcela, el expediente en trámite puede hallarse viciado desde el momento en que irrumpa un ter-

³ Considerado como legislación básica por la disposición final única del TRLS de 1992 y no afectado por la STC 61/1997, de 20 de marzo.

⁴ Cuyos cuatro primeros párrafos eran considerados como legislación básica por la disposición final única del TRLS de 1992 y tampoco han sido afectados por la STC 61/1997, de 20 de marzo.

cer adquirente de la propiedad o de otro derecho real sobre la finca. No olvidemos que la tramitación de esos procedimientos exige notificar a los propietarios y darles oportunidad de realizar alegaciones, y que el artículo 22 del TRLS de 1992 no subroga al adquirente solamente en las obligaciones y deberes del transmitente, sino en su completa situación jurídica. Como la Administración ha de tener por propietario, en primer lugar, a quien lo sea de acuerdo con el Registro de la Propiedad, según imponen los artículos 38 de la Ley Hipotecaria y artículo 3.2 de la Ley de Expropiación Forzosa, la publicidad registral de esos procedimientos es determinante para el caso de que exista sucesión en las titularidades jurídico-reales a lo largo de su tramitación: si hay publicidad registral, el adquirente tiene la carga de personarse en el procedimiento, si no existe tal publicidad, pese a estar legalmente prevista, la Administración habrá de comprobar las titularidades registrales a lo largo de todo el proceso, para tener las actuaciones con los titulares que lo sean en cada fase.

2.º Además, la dejadez administrativa no se limita a posibilitar la alegación de indefensión ante la Jurisdicción Contenciosa —quizá excesivamente proclive a considerar la indefensión como un defecto subsanable cuando el «indefenso» ha podido formalizar el oportuno recurso—. El propio Registrador, al calificar el acto inscribible, podrá comprobar, al menos, si los trámites se han tenido con los titulares registrales⁵. En este sentido, si las actuaciones se tuvieron con el titular anterior y no existe publicidad, la Administración se arriesga a soportar una especial aplicación del principio de tracto sucesivo. El resultado será la denegación del acceso al Registro del resultado final de ese expediente, cosa especialmente traumática si tenemos en cuenta que ese acceso puede resultar indispensable (por citar algunos ejemplos: el acceso de la nueva configuración física y jurídica de las parcelas resultante de un proyecto de reparcelación o compensación, o bien la sumisión a expropiación o venta forzosa de un terreno como consecuencia de un expediente disciplinario tramitado contra su titular).

b) LAS NORMAS DE TRASCENDENCIA REGISTRAL EN LA LEGISLACIÓN URBANÍSTICA

El establecimiento de normas especiales para regular la constancia registral de determinadas situaciones urbanísticas no puede calificarse en modo alguno de novedoso. Como es sabido, tanto la primera Ley del Suelo, de 12 de mayo de 1956, como la Ley 19/1975, de 2 de mayo, reformadora de aquélla, pasando por el Reglamento de Reparcelaciones, aprobado por el Decreto 1006/1966, de 7 de abril, o el Reglamento de Gestión Urbanística, aprobado por el Real Decreto 3288/1978, de 25 de agosto, contienen o contenían preceptos inequívocamente registrales. Incluso en la legislación aprobada por las Comunidades Autónomas en el

⁵ Así lo dispone expresamente el artículo 99 del Reglamento Hipotecario.

ejercicio de sus competencias sobre Ordenación del Territorio y Urbanismo pueden encontrarse disposiciones de ese carácter, siempre amenazadas por la exclusividad de la competencia estatal en materia de ordenación de los registros.

Sin embargo, el principal problema de toda esa normativa fue siempre el de su dispersión y generalidad. En este sentido, resulta muy reveladora la redacción del artículo 221.1 del Texto Refundido de 1976, según el cual *«Los actos administrativos que se produjeran en el ejercicio de las funciones reguladas en la presente Ley podrán ser anotados o inscritos en el Registro de la Propiedad, conforme a lo establecido en la legislación hipotecaria, según proceda, por acuerdo de la Comisión Provincial de Urbanismo, de oficio o a propuesta de la Corporación encargada de la urbanización»*.

La Ley 8/1990 marcará un trascendental hito en las relaciones Urbanismo-Registro al regular, en su disposición adicional 10.^a, una detallada relación de actos inscribibles que concluía con una cláusula general, de acuerdo con la cual sería también inscribible en el Registro *«Cualquier otro acto administrativo que, en desarrollo del planeamiento o de sus instrumentos de ejecución modifique, desde luego o en el futuro, el dominio o cualquier otro derecho real sobre fincas determinadas o la descripción de éstas»*. Además encomendaba al Gobierno la aprobación de las modificaciones del Reglamento Hipotecario necesarias para el desarrollo de la citada disposición adicional. El contenido de esa disposición adicional se reproducirá luego en los artículos 307 a 310 del TRLS de 1992.

Pero a pesar de su importancia, las normas citadas no son las únicas contenidas en la Ley 8/1990 y en el TRLS de 1992 con trascendencia registral. Existen otras como las relativas a la declaración de obra nueva –art. 37.2 del TRLS de 1992–, parcelaciones –art. 259.3–, o acceso al registro de las transferencias de aprovechamientos urbanísticos –art. 198.1–, cuya trascendencia registral también es evidente.

2. EL REAL DECRETO 1093/1997, DE 4 DE JULIO

a) ESTRUCTURA FORMAL

El Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio, por el que se aprueban las normas complementarias al Reglamento para la ejecución de la Ley Hipotecaria, sobre inscripción en el Registro de la Propiedad de Actos de Naturaleza Urbanística –en lo sucesivo NCRH–, viene a constituir el necesario desarrollo de la disposición adicional 10.^a de la Ley 8/1990 y de los artículos 307 a 310 del TRLS de 1992, y también de los preceptos que, como los citados en el epígrafe anterior, se hallan diseminados a lo largo de los referidos textos pese a su indudable trascendencia registral. En relación con la sistemática adoptada por el Ejecutivo nuestra primera crítica ha de

ser positiva, puesto que resultando posible la desagregación sistemática de sus normas a lo largo de todo el Reglamento Hipotecario y de acuerdo con la concreta materia regulada (modificaciones hipotecarias, declaración de obra nueva, anotaciones preventivas, etc.), se ha optado, en cambio, por aprobar unas normas complementarias que contemplen unitariamente el acceso al Registro de los actos de naturaleza urbanística, lo cual indudablemente facilitará su aplicación y conocimiento.

Dichas normas complementarias se desarrollan formalmente en un texto de 91 artículos, distribuidos a lo largo de ocho capítulos: el primero de ellos se dedica al establecimiento de una serie de disposiciones generales sobre los actos inscribibles, el título para la inscripción y los planos necesarios para el acceso al Registro de la Propiedad de los actos en cuestión, mientras que los capítulos restantes se ocupan, respectivamente, de la inscripción de los proyectos de equidistribución, las expropiaciones urbanísticas, la inscripción de las cesiones obligatorias, la inscripción del aprovechamiento urbanístico, la inscripción de las obras nuevas, las anotaciones preventivas dictadas en procedimiento administrativo de disciplina urbanística y las anotaciones preventivas ordenadas en proceso contencioso-administrativo.

b) ASPECTOS DE LAS NCRH QUE SERÁN OBJETO DE COMENTARIO

Entre todos los actos inscribibles regulados por las NCRH vamos a limitar nuestro comentario a tres que estimamos de especial interés, tanto por su relación con el Derecho privado como por las cuestiones que plantea el desarrollo reglamentario llevado a cabo por el Ejecutivo: las transferencias de aprovechamientos urbanísticos, los expedientes de equidistribución y la declaración de obra nueva. Pero además, y para agravar el carácter necesariamente fragmentario de nuestro trabajo, nos concentraremos en aquellos aspectos concretos del desarrollo reglamentario de las citadas materias que consideramos más conflictivos.

c) INFLUENCIA DE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL 61/1997, DE 20 DE MARZO, EN LAS CUESTIONES OBJETO DE COMENTARIO

Aunque, como ya hemos dicho con anterioridad, las NCRH vienen a desarrollar preceptos del TRLS de 1992 de carácter registral, y por lo tanto amparados en la competencia relativa a la ordenación de los registros e instrumentos públicos que el artículo 149.1.8.º de la Constitución Española atribuye al Estado con carácter exclusivo, el planteamiento de esta cuestión no es ocioso. Y no lo es porque la regulación relativa a la inscripción de un acto implica siempre un juicio previo acerca de la legalidad en abstracto de ese acto, viniendo por lo tanto a desarrollar e interpretar, de una determinada manera, las normas reguladoras de su producción, aunque sea exclusivamente a los efectos de admitir o denegar su reflejo registral.

En consecuencia, al comentar la regulación llevada a cabo por las NCRH habremos de referirnos continuamente a los preceptos en los cuales se contiene la regulación sustantiva de los actos sujetos a inscripción, pudiendo surgir el problema de que esa regulación sí haya sido afectada por la citada STC 61/1997. Este problema se planteará especialmente al analizar la regulación de las NCRH relativa a los expedientes de equidistribución y las transferencias de aprovechamientos urbanísticos (en lo sucesivo TAUS), porque la regulación sustantiva que el TRLS establecía en relación con esas materias ha sido declarada inconstitucional por la citada sentencia, en aplicación del curioso criterio mantenido por el Alto Tribunal acerca del derecho supletorio estatal, que impide su modificación a partir del momento en el cual la competencia legislativa sobre la materia correspondiente haya sido asumida por las Comunidades Autónomas con el carácter de exclusiva.

El principal problema que dicha sentencia nos plantea es el de elegir el conjunto normativo en el cual vamos a apoyarnos para comentar las soluciones adoptadas en las NCRH. Estando en franca minoría las Comunidades que tenían legislación urbanística propia al producirse la citada sentencia ⁶, parece que lo razonable es citar los preceptos del derecho supletorio estatal, sin perjuicio de aludir a las especialidades que puede presentar la regulación autonómica en cuanto puedan afectar a la cuestión que estamos abordando, y puesto que estamos de acuerdo con Jiménez de Cisneros-Cid en que *«El resultado práctico al que se llega, tras esta declaración de inconstitucionalidad, es a confirmar que el Texto Refundido de 1976 nunca dejó de estar vigente desde su promulgación, salvo los artículos afectados por las sucesivas modificaciones legislativas estatales, siempre que éstas se efectuaran dentro del ámbito competencial reservado al Estado»* ⁷, serían los preceptos de la mencionada norma los que habríamos de citar.

Sin embargo, en el momento de escribir estas líneas ya son tres las Comunidades Autónomas que, habiendo aceptado que en su ámbito territorial se aplicara la regulación contenida en la Ley 8/1990 y en el Texto Refundido de 1992 por la vía de no establecer una propia, y enfrentándose a la realidad de unos planes aprobados de acuerdo con esos preceptos y en fase de ejecución, han procedido a establecer la vigencia de los preceptos declarados inconstitucionales del Texto Refundido de 1992 mediante Ley autonómica, en algunos casos con carácter retroactivo mientras la comunidad de Castilla y León, mediante la Ley 9/1997, de 13 de octubre, y Galicia, a través de la Ley 1/1997, de 24 de marzo, establecen una regulación

⁶ Siguiendo el trabajo de JIMÉNEZ DE CISNEROS-CID: «Las técnicas urbanísticas de equidistribución y la doctrina del Tribunal Constitucional. Análisis de la sentencia del Tribunal Constitucional y sus efectos sobre el planeamiento adaptado al Texto Refundido de la Ley del Suelo de 1992», publicado en la *Revista de Derecho Urbanístico*, núm. 153, pp. 73-106, podemos decir que esas Comunidades eran Navarra, Valencia, Galicia, País Vasco, Madrid, Canarias y Cataluña.

⁷ En ob. cit., p. 85.

propia que presenta numerosas concordancias con la contenida en el Texto Refundido de 1992 y declara inconstitucional por la STC 61/1997⁸. Con independencia de la conformidad entre este modo de proceder y el principio de seguridad jurídica proclamado en el artículo 9.3 de la Constitución –y que no nos corresponde enjuiciar a nosotros sino, en su caso, al mismo Tribunal que originó la necesidad de que estas Leyes autonómicas fueran promulgadas–, hemos decidido apoyarnos en los preceptos del TRLS de 1992, sin perjuicio de advertir al lector de las diferencias existentes entre dicha regulación y la observada por el Texto Refundido de 1976, o por las Leyes autonómicas en el caso de que existan y tengan trascendencia para lo que se esté diciendo. Por otro lado, el hecho de que el Reglamento de Gestión Urbanística aprobado por el Real Decreto 3288/1978, de 25 de agosto (en lo sucesivo RGU), siga en buena medida vigente, nos permitirá remitirnos también al mencionado precepto reglamentario.

3. INSCRIPCIÓN DE LOS PROYECTOS DE EQUIDISTRIBUCIÓN

a) CONCEPTO DE PROYECTO DE EQUIDISTRIBUCIÓN

Como es sabido, la ejecución de los planes urbanísticos implica la necesidad de adaptar la estructura parcelaria de la unidad superficial en la cual va a actuarse a la prevista en aquéllos, distribuyendo las parcelas de resultado entre los propietarios de las parcelas iniciales y la Administración, según la cuantía de los respectivos derechos de cada uno de estos sujetos, y liberando los suelos destinados a usos dotacionales, que pasarán a adscribirse a la Administración para la efectiva implantación de aquéllos.

Los proyectos equidistributivos son los instrumentos jurídicos a través de los cuales se lleva a cabo esta reconfiguración de la estructura dominical. Estos proyectos precisan siempre de aprobación administrativa, pero la redacción puede corresponder a la Administración o a los propietarios, con mayor o menor protagonismo de éstos dependiendo de la legislación aplicable y el sistema de ejecución elegido para actuar⁹. La diferencia de nomenclatura también alude al sistema elegido, puesto que cuando se actúa

⁸ Se trata de la Ley de la Asamblea Regional de Cantabria 1/1997, de 25 de abril, de Medidas Urgentes en Materia de Régimen de Suelo y Ordenación Urbana, de la Ley del Parlamento de Andalucía 1/1997, de 18 de junio, por la que se adoptan con carácter urgente y transitorio disposiciones en materia de régimen de suelo y ordenación urbana, y de la Ley de las Cortes de Castilla-La Mancha 5/1997, de 10 de julio, de Suelo y Urbanismo, medidas urgentes en materia de régimen del suelo y ordenación urbana, si bien en este último caso se ha procedido a la aprobación de un texto dividido en artículos que reproducen los del Texto Refundido de 1992, pero con una numeración diferente.

⁹ Así, por ejemplo, si se actúa por el sistema de cooperación, el artículo 165.4 del TRLS de 1992 prevé que el proyecto de reparcelación pueda formularse por los dos tercios de los propietarios interesados que representen como mínimo el 80 por 100 de la superficie reparcelable –aunque la Administración pueda asumir el presentado por algún interesado sin que concurran esas circunstancias, según el artículo 165.7–. Sin embargo, el

por cooperación –los propietarios costean la obra urbanizadora y la Administración la ejecuta– el proyecto se denomina de reparcelación, mientras que si el sistema elegido es el de compensación –los propietarios ejecutan materialmente la obra urbanizadora constituidos en Junta de Compensación– el proyecto, aun cuando materialmente también exista actividad reparcelatoria, adopta la misma denominación que el sistema.

b) LA NOTA MARGINAL DE INICIACIÓN DEL PROCEDIMIENTO EQUIDISTRIBUTIVO CONTEMPLADA EN EL ARTÍCULO 5 DE LAS NCRH

De acuerdo con el apartado número 1 del citado precepto *«A requerimiento de la Administración o de la entidad urbanística actuante, así como de cualquiera otra persona o entidad que resulte autorizada por la legislación autonómica aplicable, el Registrador practicará la nota al margen de cada finca afectada, expresando la iniciación del procedimiento y expedirá, haciéndolo constar en la nota, certificación de dominio y cargas.*

En la solicitud constará la finca, porciones o derechos de aprovechamiento, afectados a la unidad de ejecución.

Cuando se trate de unidades sujetas al sistema de compensación, para la práctica de la nota marginal citada bastará que haya sido otorgada la escritura pública de constitución de la entidad».

b1) *Alcance de la afección publicada por la nota del artículo 5 de las NCRH*

El artículo 5 de las NCRH viene a desarrollar lo dispuesto en el artículo 310.1 del TRLS de 1992 –no afectado por la STC 61/1997–, según el cual *«La iniciación del expediente de reparcelación o la afección de los terrenos comprendidos en una unidad de ejecución al cumplimiento de las obligaciones inherentes al sistema de compensación, se harán constar en el registro por nota al margen de la última inscripción de dominio de las fincas correspondientes».*

Como puede observarse, el TRLS de 1992 parece establecer dos supuestos de hecho diversos como objeto de publicidad: la iniciación del expediente de reparcelación, cuando nos encontremos ante el sistema de cooperación, y la afección de los terrenos al cumplimiento de las obligaciones inherentes al sistema de compensación, cuando éste sea el mecanismo jurídico elegido para ejecutar el planeamiento.

artículo 100 de la Ley 1/1997, del Suelo de Galicia, atribuye esa iniciativa a los propietarios que representen, al menos, el 25 por 100 de la unidad reparcelable. Si el sistema elegido fuera el de compensación, el proyecto de compensación ha de redactarlo la Junta, con arreglo a los Estatutos y Bases de Actuación previamente aprobados, pudiendo incluso prescindirse de los criterios legales sobre valoración de fincas aportadas y adjudicación de las de resultado, si existe acuerdo unánime de todos los afectados que no sea contrario a la Ley o lesivo para el interés público o de terceros –art. 157.3 del TRLS de 1992.

Esta diferencia la recoge el TRLS de 1992 de la redacción dada a los artículos 102 y 169 del RGU, derogados ambos por el Real Decreto 1093/1997¹⁰, y en los cuales no sólo se contemplaban dos situaciones distintas como objeto de publicidad, sino también dos notas diferentes, llamadas a reflejar cada una de esas dos situaciones. Además, esta diversificación resultaba muy razonable porque cuando el sistema elegido para la ejecución del plan es el de compensación, la constitución de la Junta conlleva unas consecuencias que cualifican el significado del término «afección», ya que la Junta se constituye con arreglo a unos Estatutos y Bases aprobados previamente por la Administración, los cuales, entre otros trascendentales aspectos, contendrán los criterios de adjudicación de las parcelas resultantes y los «compromisos» asumidos por la Junta en orden a la ejecución de la obra urbanizadora. Además, al destacar las peculiaridades planteadas por la afección de las parcelas cuando el sistema elegido es el de compensación no pueden olvidarse las facultades «fiduciarias» atribuidas por la normativa urbanística a la Junta de Compensación para posibilitar la ejecución de la mencionada obra¹¹.

Resumiendo, podríamos decir que en derecho urbanístico el término «afección» o «afectación», cuando se refiere a las parcelas originarias, se suele reservar para el sistema de compensación, hablándose más concretamente de «afectación de las parcelas aportadas» para diferenciar esa afección de la que, como consecuencia de la aprobación del proyecto de compensación, gravará a las parcelas de resultado y también por que¹²,

¹⁰ En cuya exposición derogatoria única se establece que: «Quedan derogadas todas las disposiciones contenidas en el Reglamento de Gestión Urbanística de 25 de agosto de 1978, en cuanto se refieran al acceso al Registro de la Propiedad de actos de naturaleza urbanística. Asimismo, quedan derogadas todas las disposiciones del Reglamento de Parcelaciones y Reparcelaciones del Suelo afectado por Planes de Ordenación Urbana, de 7 de abril de 1966, y del Reglamento de Edificación Forzosa y Registro Municipal de Solares, declarados en vigor por el Real Decreto 304/1993, de 23 de febrero, en cuanto contengan referencias al Registro de la Propiedad».

¹¹ El alcance concreto de la afección, cuando el sistema elegido para ejecutar el planeamiento es el de Compensación, resulta, por lo tanto de la composición de dos coordenadas: las denominadas «facultades fiduciarias de la Junta» y, la subrogación *ex lege* del adquirente en la posición jurídica del transmitente, contemplada por el artículo 22 del TRLS de 1992. En concreto, esas facultades fiduciarias se extienden a los siguientes aspectos:

1.º La Junta puede ocupar materialmente los terrenos necesarios para la ejecución de la obra urbanizadora (arts. 177.4 y 185 RGU).

2.º También puede concertar créditos con garantía hipotecaria de las fincas pertenecientes a los propietarios (art. 177.2 RGU).

3.º Las fincas de los propietarios están sometidas a embargo por las obligaciones contraídas e incumplidas por la Junta (siempre que la constitución de la Junta se haya hecho constar en el Registro de la Propiedad, como luego veremos).

4.º La Junta dispone de las parcelas en el ámbito interno mediante el proyecto de compensación, de conformidad con los Estatutos y Bases previamente aprobados.

5.º Además, en el proyecto la Junta pueden reservarse determinados terrenos para enajenarlos con el fin de hacer frente a los gastos de urbanización (arts. 172.d y 177.1 RGU).

6.º En las Bases se puede autorizar a la Junta para edificar (art. 167.1.i RGU).

¹² Como destaca GONZÁLEZ SALINAS, en: *Sistema de Compensación y Terceros Adquirentes de Suelo*, Madrid, 1987, p. 85.

la incorporación de los propietarios a la Junta conlleva la de sus terrenos sin necesaria transmisión patrimonial. Ahora, según el artículo 5 de las NCRH hay que entender que el término «finca afectada» refiere esa afectación al resultado de la tramitación de un procedimiento equidistributivo –que será un proyecto de reparcelación o compensación, según el sistema elegido para ejecutar.

b2) *Momento a partir del cual puede practicarse la nota marginal cuando se actúa por compensación*

Por otro lado, la diferencia entre la nota prevista para hacer constar la iniciación del expediente de reparcelación y la establecida para reflejar la afección de los terrenos a las obligaciones derivadas del sistema de compensación también se refiere al momento procedimental en que las respectivas notas pueden practicarse.

En el sistema de cooperación, la iniciación del expediente equidistributivo –proyecto de reparcelación– se produce por el acto administrativo que aprueba la delimitación del polígono y establece el sistema de cooperación para ejecutar la obra urbanizadora; por tanto desde ese mismo momento puede practicarse la nota llamada a publicar, simultáneamente, todos esos efectos.

Sin embargo, en el sistema de compensación todo es más complicado: la publicidad se refiere a la afección de las fincas al cumplimiento de las obligaciones inherentes al sistema, y la nota no podía practicarse –en el sistema del RGU– hasta que la Junta se hubiera constituido, ya que el artículo 169.2 del mencionado texto reglamentario exigía que a la correspondiente solicitud se acompañara certificación administrativa acreditativa de dicha circunstancia. Pero antes de que la Junta se constituya se producen una serie de actuaciones de interés relevante para la situación jurídica de los titulares de derechos reales sobre las fincas: la propia delimitación de la unidad de ejecución y la elección del sistema, la presentación –dentro del plazo legalmente establecido– de unos Estatutos y Bases de Actuación, y la eventual aprobación administrativa de esos Estatutos y Bases¹³. Todas esas actuaciones quedaban, por tanto, al margen de la publicidad registral –aunque se trate de una mera publicidad-noticia.

Para evitar esa ausencia de reflejo registral se defendía la posibilidad de practicar la nota prevista para hacer constar la iniciación del

¹³ Ídem, cit., p. 264: «es precisamente en la tramitación de la Junta de Compensación cuando mayor importancia adquiere una nota marginal de tales características, ya que –salvo los compromisos que pudieran haberse asumido por los promotores al respecto– no se prevé punto de referencia alguno a partir del cual pueda prescindirse de los cambios de titularidad» (se refiere a que la Administración habrá de estar al tanto de esos cambios durante toda esa tramitación previa, para notificar a los que sean titulares en cada momento, sin poder tener el apoyo de una nota que permita imponer a los adquirentes la carga de personarse en el proceso).

expediente de reparcelación, incluso en los casos en que el sistema elegido para actuar fuera el de compensación; luego, una vez constituida la Junta, se practicaría la otra nota, acreditando así la especial afección derivada del sistema elegido y de la existencia de dicha Junta¹⁴. Para defender esta solución bastaba con destacar que en el sistema de compensación también existe una actividad reparcelatoria, en tanto se procede a la redistribución material de las parcelas resultantes entre los dueños de las iniciales, que la proximidad entre ambos sistemas justificaba la aplicación analógica de las normas relativas a la reparcelación también en este punto¹⁵, y que la excepción contemplada en el artículo 165.1 del TRLS de 1992¹⁶ ha de entenderse referida únicamente a la innecesariedad de que la Administración tramite un expediente de reparcelación, habida cuenta de que el proyecto de compensación surtirá los efectos propios de aquél¹⁷.

Sin embargo, ahora la redacción del artículo 5 de las NCRH se expresa en términos rotundamente incompatibles con tal posibilidad interpretativa: sólo hay una nota y esa nota refleja una misma circunstancia: la tramitación de un expediente equidistributivo –proyecto de reparcelación o de compensación, según los casos– y la afección de la parcela al resultado de ese expediente. El requisito de que exista escritura de constitución de la Junta, cuando se actúe por compensación, supone que las NCRH asumen que la publicidad de los trámites previos no tiene que articularse a través del Registro.

Pero la mencionada redacción tiene otra consecuencia importante, ya que para la práctica de la nota, cuando se actúe por compensación, es suficiente que la escritura de constitución haya sido otorgada, no exigiéndose ya que a la solicitud se aporte certificación administrativa de haber quedado constituida, como establecía el artículo 169.2 del RGU que ha de entenderse derogado en este punto por el Real Decreto 1093/1997. Con ello, las NCRH asumen la opinión doctrinal proclive

¹⁴ El citado GONZÁLEZ SALINAS se inclinaba por esta opción en *Sistema de Compensación...*, cit., p. 264.

¹⁵ En este sentido, expresando la opinión absolutamente mayoritaria de la Doctrina, vid. DEL POZO CARRASCOSA: *El sistema de Compensación Urbanística*, Madrid 1993, p. 39.

¹⁶ Según el cual:

«El expediente de reparcelación se entenderá iniciado al aprobarse la delimitación del polígono o unidad de actuación, excepto en los casos siguientes:

- a) Que la reparcelación se haya tramitado y aprobado conjuntamente con dicha aprobación.
- b) Que se haya aprobado expresamente la actuación por el sistema de expropiación o sea innecesaria en virtud del acuerdo aprobatorio en el sistema de compensación».

El artículo 98.1 del TRLS de 1976 se expresaba en análogos términos.

¹⁷ Como destacan GARCÍA DE ENTERRÍA y PAREJO, en *Lecciones de Derecho Urbanístico*, p. 449, «El sistema de compensación no excluye la reparcelación, sino sólo la aplicación del régimen específico de ésta (requisitos y procedimiento), por verificarse materialmente la misma a través de los cauces específicos de la compensación en que consiste dicho sistema».

a otorgar esa eficacia constitutiva a la escritura pública y negársela a la posterior aprobación administrativa de la misma¹⁸.

b3) *La nota marginal de iniciación del procedimiento y la inscripción del expediente equidistributivo*

Al unificar las dos notas previstas en el RGU, puede decirse que el artículo 5 de las NCRH ha resuelto el problema que planteaba la redacción de los artículos 102 y 169 del RGU. Como es sabido, la remisión hecha en el último de los preceptos a los efectos que señalaba el primero de ellos, hizo surgir la duda acerca de si la nota del artículo 169 sólo produciría efectos en relación con los sujetos que habían de ser notificados para la posterior inscripción del expediente equidistributivo¹⁹, o si, además, podía producir otros, y más concretamente los propios de la fe pública registral²⁰.

Como sólo hay una nota, parece lógico entender que sólo pueden existir unos efectos, que son, principalmente, los relativos a la posterior inscripción del proyecto equidistributivo²¹. Siguiendo la regulación de los artículos 14 y siguientes de las NCRH, que constituyen el desarrollo reglamentario del artículo 310.4 del TRLS de 1992, podemos establecer las siguientes conclusiones en relación con los mismos:

– *Si el título equidistributivo otorga las fincas resultantes a los titulares registrales de las fincas de origen, según los asientos vigentes en el momento de la presentación del mismo en el Registro, no existe problema para la inscripción. Así se deduce de la redacción dada al artículo 310.4.a) del TRLS y 14.1 de las NCRH. Además, parece lógico entender que esa inscripción podrá verificarse tanto si la nota se había practicado como si no, y que una vez notificado el titular registral y adjudicada al mismo la finca de resultado, la falta de dicha nota no constituye obstáculo para la inscripción del proyecto –en todo caso, podrá practicarse de manera simultánea a la mencionada inscripción.*

– *Si el título equidistributivo adjudica las parcelas de resultado a quienes eran titulares registrales en el momento de practicarse la nota, o a titulares registrales posteriores pero que hubieran dejado de serlo en el*

¹⁸ En este sentido, por ejemplo, DEL POZO CARRASCOSA en *El sistema de compensación urbanística*, cit., p. 68, citando el trabajo de MARTÍN BLANCO: *La compensación urbanística (Principio y sistema)*, Madrid, 1985.

¹⁹ De acuerdo con el artículo 102.3 del RGU: «Los interesados que hagan constar su derecho en el Registro con posterioridad a ella no tendrán que ser citados preceptivamente en el expediente. No obstante, si se personaren en el mismo, seguirán con ellos las sucesivas actuaciones».

²⁰ Para una visión panorámica de las diversas posiciones doctrinales en torno a esta cuestión, puede consultarse el trabajo de GONZÁLEZ SALINAS *Sistema de Compensación...*, cit., pp. 189-191, y la bibliografía allí citada.

²¹ Aun cuando ha de destacarse la RDGR y N de 12 de enero de 1984, según la cual esa inscripción, cuando del Sistema de Compensación se trata, es imprescindible para poder anotar los embargos dirigidos contra la Junta en los folios correspondientes a las parcelas afectadas por la actuación.

momento de inscribir dicho título, el principal efecto de la nota marginal contemplada en el artículo 5, como antes lo fuera el de las establecidas en los artículos 102 y 169 del RGU, consiste en posibilitar la inscripción en favor del adjudicatario según dicho proyecto. Así se dispone en los artículos 310.4.b) del TRLS de 1992 y 14, apartados 2 y 3, de las NCRH.

Ahora bien, en este caso se produce la llamada «cancelación formal» respecto de las inscripciones de dominio y cargas efectuadas con posterioridad a la fecha de la nota o a la de la inscripción del titular adjudicatario, cualquiera que fuera la fecha del título en cuya virtud se hubieran practicado. En tales casos la existencia de los asientos cancelados en la finca de origen habrá de hacerse constar por nota al margen de la inscripción de la finca de resultado –art. 310.4.c) TRLS de 1992 y 16 NCRH–; además, la «vida registral» de la finca de resultado se paraliza, ya que no puede practicarse asiento alguno sobre ella hasta que se produzca la previsible inscripción en favor de los adquirentes de la originaria, cuyos derechos han sido formalmente cancelados –arts. 310.4.d) TRLS de 1992 y 17.4 NCRH.

Esa inscripción de los derechos objeto de cancelación formal, sólo podía llevarse a cabo –en el esquema del TRLS de 1992– presentando nuevamente los títulos que originaron los asientos cancelados con las rectificaciones procedentes, mediando el consentimiento para la rectificación del titular registral y de los titulares de derechos objeto de cancelación formal.

Dada la complejidad de los procedimientos reparcelatorios, donde al titular de una o varias parcelas originarias se le pueden atribuir una o varias de resultado, y donde además la descripción de las parcelas originarias de por sí difícil de identificar con la existente en el Registro, puede modificarse por medio del propio proyecto equidistributivo –arts. 310.5 TRLS de 1992 y 8 NCRH–, es lógico que se establezcan esas cautelas.

Precisamente esta consideración de la finalidad y espíritu que inspiran la redacción del precepto legal es lo que justifica la solución adoptada por el artículo 17.2 de las NCRH, que permite inscribir los derechos cancelados mediante dos mecanismos adicionales que prescinden del consentimiento del titular registral: el acuerdo firme de la Administración, adoptado a instancia de todos o alguno de los titulares de esos derechos cancelados y notificado al titular registral, o, incluso, la mera instancia del titular del derecho cancelado, si la correspondencia entre la finca originaria y la de resultado se dedujera directamente de los asientos del Registro²².

²² Las cautelas establecidas en el TRLS de 1992 en el tratamiento de lo que puede ser una simple omisión administrativa o del adquirente de la parcela en trámite de equidistribución que no se persona en el expediente, está sobradamente justificada: pensemos que Juan es titular de tres parcelas originarias y vende una a Pedro, que inscribe; si luego Pedro no aparece como adjudicatario de ninguna parcela de resultado y Juan es adjudicatario de cuatro, ¿quién sabe cuál de esas cuatro es la que ha de inscribirse a nombre de Pedro? Es cierto que la Administración ha de establecer la correspondencia entre las fincas de origen y las de resultado –así lo dispone el artículo 7.4 de las NCRH–, pero ¿y si la correspondencia se establece globalmente –cuatro de resultado por tres de origen–, o si la descripción de la finca de origen induce a alguna duda al Registrador? Todas esas consideraciones, muy frecuentes en los complejos procedimientos reparcelatorios, unidas al hecho

– ¿Y si el proyecto equidistributivo adjudica la parcela de resultado a un sujeto distinto de los contemplados en el artículo 14 de las NCRH?: La regla, en tal caso, se contempla en el apartado número 5 del artículo 9 de las NCRH, del cual se deduce que la Administración nunca puede hacer eso sin que se produzca la denegación de la inscripción del proyecto: o aplica alguno de los mecanismos establecidos por los restantes apartados del citado artículo para reanudar el tracto sucesivo interrumpido en la finca originaria –cuando la misma constare inscrita a favor de persona distinta de quien justificare en el expediente mejor derecho de propiedad–, o bien ha de adjudicar la finca o fincas de resultado al titular registral de las de origen, aún haciendo constar en el título inscribible que el expediente se ha entendido con persona distinta, debiendo en tal caso inscribir el Registrador sin indicación alguna de la posible contradicción.

En cuanto a los procedimientos establecidos por los apartados 1 a 4 de las NCRH, y que la Administración ha de seguir durante la tramitación del proyecto para que el mismo pueda tener la virtualidad reanudadora del tracto que proclama el artículo 310.5 del TRLS de 1992, podemos decir que se encuentran inspirados en las soluciones establecidas en el artículo 202 de la Ley Hipotecaria. Pueden ser sustanciados por Notario competente para actuar en el Distrito donde se sitúe la finca –a instancia de su titular y con los requisitos establecidos por el artículo 9.6 de las NCRH–, o por la Administración actuante, previéndose, en este último caso, que el órgano actuante, la Junta de Compensación, o la entidad competente para la ejecución de la unidad, puedan solicitar la expedición de las copias de títulos intermedios que sean necesarias, o llevar a cabo las actuaciones oportunas con el titular registral y, en su caso, con el Ministerio Fiscal, cuando la reanudación no pueda operarse mediante la simple inscripción de los títulos intermedios.

c) RÉGIMEN DE LAS TITULARIDADES LIMITADAS Y DE LOS DERECHOS Y GRAVÁMENES INSCRITOS SOBRE LAS FINCAS DE ORIGEN

c1) *La compleja regulación anterior al TRLS de 1992 y a las NCRH*²³

El artículo 100.1.b) del TRLS de 1976 contemplaba, como uno de los efectos del acuerdo aprobatorio de la reparcelación, el de la «Subrogación, con plena eficacia real, de las antiguas por las nuevas parcelas».

de que la propia aprobación definitiva del proyecto es título suficiente para inmatricular fincas de origen, rectificar su descripción o modificar su configuración –arts. 310.5 del TRLS de 1992 y 8 de las NCRH– inducen a aplaudir la regla general, pero también las excepciones contempladas en los apartados 2 y 3 del artículo 17 de las NCRH.

²³ En relación con estos aspectos se recomienda la consulta de los trabajos de GARCÍA GARCÍA: «La reparcelación y la compensación en relación con el Registro de la Propiedad», primera parte, en «Revista Crítica de Derecho Inmobiliario», noviembre-diciembre de 1984, y RODRIGO MORENO: «Incidencia de las cargas sobre los terrenos que son objeto de reparcelación o compensación», *Revista de Derecho Urbanístico*, núm. 114, pp. 103-112.

El mismo efecto cabía predicar de la aprobación del proyecto de compensación, tanto por la analogía existente entre ambos sistemas de actuación como por la remisión expresa llevada a cabo por el artículo 174.4 del RGU. Por lo tanto, la regla establecida por el TRLS de 1976 es que las cargas y gravámenes se mantienen pese al cambio del objeto sobre el que recaen, y siempre, claro está, que la adjudicación sea de parcela o parcelas de resultado por parcela o parcelas originarias.

Por su parte, el artículo 101.3 del propio TRLS de 1976 contemplaba la posibilidad de que alguna carga resultara incompatible con la nueva situación o característica de la finca. En tal caso el Registrador debía limitarse a hacer constar tal circunstancia en el asiento practicado al trasladar la carga a la parcela de resultado, y las partes interesadas podían acudir al Juzgado competente (Juez civil), para solicitar la declaración de compatibilidad o incompatibilidad de las cargas o gravámenes, y, en este último supuesto, su transformación en un crédito por la cuantía en que la carga fuera justipreciada y garantizado mediante hipoteca constituida sobre la finca de resultado.

Sin embargo, el RGU vino a «enriquecer» las alternativas planteadas por el TR de 1976 estableciendo el siguiente panorama:

1.º Supuestos en los cuales las cargas de la parcela originaria se extinguen en virtud del acuerdo aprobatorio del proyecto equidistributivo por *no operar el principio de subrogación real* (art. 123.3 RGU). Son los siguientes:

- Cuando no exista una exacta correspondencia entre las fincas adjudicadas y las antiguas (art. 122.3 RGU).
- En los casos de adjudicación pro indiviso o con modificación sustancial de las condiciones de la primitiva titularidad (art. 123.4 RGU).

2.º Supuestos en que aún operando el principio de subrogación real, por no concurrir ninguna de las causas mencionadas con anterioridad, las cargas también han de extinguirse en virtud del acuerdo por resultar *incompatibles con el planeamiento* (art. 122.2 *in fine* del RGU), o con su ejecución (art. 99, en relación con el 98 del RGU). En estos casos, y de acuerdo con el artículo 123.1 del RGU, el acuerdo había de declarar la incompatibilidad y fijar la indemnización correspondiente (parece que con cargo al proyecto, según los arts. 98 y 99 RGU).

3.º Supuestos en los cuales no se excluye la aplicación del principio de subrogación real y tampoco existe incompatibilidad con el planeamiento o su ejecución, pero la carga resulta incompatible con la nueva situación o característica de la finca de resultado. Estos casos habían de resolverse aplicando la mecánica establecida en el artículo 101.3 del TR de 1976: la carga no se extinguía en virtud del acuerdo y el Registrador la trasladaba a la finca de resultado, haciendo constar la incompatibilidad en el asiento correspondiente a los efectos previstos en el citado artículo.

Los problemas más relevantes en relación con el tema que nos ocupa eran los siguientes:

1. *Qué había de entenderse por «exacta correspondencia» entre fincas originarias y adjudicadas.* Este concepto es fundamental para determinar si las cargas pasan a la parcela de resultado por subrogación real o si han de extinguirse como consecuencia de la aprobación del proyecto. Sin embargo, esa correspondencia podía significar al menos estas tres cosas²⁴:

a) Correspondencia como mera expresión de cuál es la parcela originaria en virtud de cuya titularidad se adjudica la parcela o parcelas de resultado.

b) Correspondencia de valor entre parcela originaria y de resultado, de modo que el aprovechamiento edificable en esta última se corresponda exactamente con el valor atribuido a la parcela originaria (no concurriría cuando existieran compensaciones en metálico por diferencias de adjudicación).

c) Correspondencia física entre la parcela originaria y la de resultado, de manera que sólo se mantendrían las cargas cuando la parcela adjudicada fuera la misma parcela originaria²⁵, aun con alguna modificación de linderos de escasa entidad.

Predomina entre los autores la interpretación de que la correspondencia no es una correspondencia física sino de valor. No obstante, la falta de una exacta correspondencia de valor, manifestada por la existencia de compensaciones a metálico, tampoco plantea obstáculos en la práctica para el traslado de las cargas a la finca de resultado. Entre otras cosas porque los eventuales perjudicados, además de poder exigir la parte que les corresponda en la indemnización correspondiente a la diferencia de adjudicación, o su afección a la misma finalidad de garantía que cumplía la parte de parcela originaria que no se compensa con la parcela de resultado, se verán compensados sobradamente con la plusvalía derivada de la nueva calificación de las parcelas y la actividad urbanística desarrollada a costa del propietario.

2. *Concurriendo los requisitos para que opere la subrogación real, en qué supuestos no procede el traslado puro y simple de la carga,* diferenciando los casos en que proceda la extinción de la misma en virtud del acuerdo, con fijación de la indemnización que corresponda, de aquellos otros en los cuales la carga debe trasladarse, pero haciendo constar su incompatibilidad con la situación y características de la finca adjudicada y dejando a los interesados que lleguen a un acuerdo o acudan a la

²⁴ Sobre esta cuestión *vid.* GARCÍA GARCÍA: «La reparcelación y la compensación en relación con el Registro de la Propiedad», primera parte, en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, noviembre-diciembre de 1984, y DEL POZO CARRASCOSA, en *El sistema de compensación urbanística*, ob. cit., p. 138.

²⁵ Lo cual, según DEL POZO CARRASCOSA: ob. cit., pp. 138 y 139, no impide hablar de «adjudicación».

jurisdicción ordinaria para litigar sobre la procedencia de esa incompatibilidad y la eventual transformación de la carga en un crédito garantizado con hipoteca sobre la parcela gravada.

c2) *Regulación actual: El artículo 168 del TR de 1992 y los artículos 11 y 12 de las NCRH*

En relación con los problemas apuntados, los citados textos permiten sugerir las siguientes soluciones:

1. En cuanto a los supuestos en los cuales las cargas han de extinguirse, por no ser aplicable la subrogación real, el problema relativo a lo que pueda entenderse por «exacta correspondencia» sigue sin resolver: el artículo 167.b) del TRLS de 1992 estableció, como efecto de la reparcelación, la «*Subrogación, con plena eficacia real, de las antiguas por las nuevas parcelas, siempre que quede establecida su correspondencia*»²⁶.

Sin embargo, las NCRH establecen, en su artículo 11.2, una norma que, prescindiendo de cualquier alusión a la existencia de correspondencia y a su determinación, impone, como regla general, la traslación de oficio por subrogación real a la parcela o parcelas de resultado de todas las titularidades, derechos y cargas existentes sobre las parcelas originarias y que no fueran declaradas expresamente incompatibles con las determinaciones del planeamiento²⁷.

Nada establece la norma acerca del tratamiento dispensable a los supuestos de indemnización económica sustitutoria de la adjudicación de una finca de resultado, caso extremo en el cual la traslación de las cargas no es posible, ni, como luego veremos, de la adjudicación de una finca de resultado en pro indiviso a varios titulares de fincas originarias, o con modificaciones sustanciales de la primitiva titularidad, casos estos últimos contemplados por el artículo 122.4 del RGU como excepciones al principio de subrogación real. La pregunta resulta, entonces, evidente: ¿puede la Administración establecer que en tales casos la carga ha de extinguirse y su titular ser indemnizado, pero no porque la carga sea incompatible con el planeamiento, sino por la imposibilidad de que opere

²⁶ En relación con este precepto hay que destacar que, ha sido «resucitado» por las Leyes autonómicas de Andalucía y Cantabria, y transcrito en las de Castilla-La Mancha y Galicia, viniendo a reiterar el contenido del artículo 122.1 del RGU. Además fue declarado inconstitucional por vincular el efecto subrogatorio a un determinado momento procedimental, pero no porque el Estado carezca de competencia para regular los efectos civiles de un expediente equidistributivo (STC 61/1997, fundamento jurídico 28).

²⁷ Bastará para ello, sin perjuicio de las especialidades establecidas en los párrafos 4 a 6 del artículo 11, que el proyecto las mencione. Si esas cargas no se mencionan en el proyecto equidistributivo y han sido inscritas con posterioridad a la práctica de la nota de iniciación del expediente se aplica la cancelación formal, contemplada en el artículo 15 de las NCRH y a la cual nos referimos con anterioridad: se paraliza la «vida registral» de la finca hasta que se proceda a la rectificación prevista en el artículo 17 del propio texto reglamentario en la forma comentada al estudiar los efectos de dicha nota. Si no se mencionaron y fueron inscritas con anterioridad, el expediente no puede inscribirse sin subsanar el defecto y notificar, en su caso, al titular de la carga.

la subrogación real, o habrá de declarar la carga como incompatible con el planeamiento, entendiendo que ese término incluye la concreta modalidad elegida para la ejecución del mismo y que pasa, en el caso concreto, por la indemnización en metálico o atribución de pro indivisos?

Para la resolución de los conflictos que pudieran plantearse entre el propietario y los titulares de cargas como consecuencia de la traslación de gravámenes a las parcelas de resultado en supuestos especialmente conflictivos, el apartado 8 del artículo 11 de las NCRH establece, como regla general, la prevalencia del acuerdo unánime de todos los titulares activos y pasivos de los derechos preexistentes en orden a la subsistencia, distribución, concreción en determinadas fincas, o especificación de su rango, pudiendo formalizarse dicho acuerdo mediante comparecencia de todos los interesados o en virtud de escritura notarial complementaria. A falta de tal acuerdo unánime, esos supuestos se resolverán mediante la aplicación de los criterios establecidos en los apartados 3 a 7 del propio artículo 11.

Especialmente curiosa resulta la previsión contemplada por el apartado 5 del artículo 9 de las NCRH, para el supuesto de que al titular de varias parcelas de origen se le adjudique una sola finca de resultado. En este caso, y según dicho precepto, el proyecto habrá de determinar la cuota porcentual de la finca de resultado que se adjudica «en pago» de cada una de las fincas de origen, al efecto de que el Registrador traslade los derechos y cargas preexistentes sobre cada una de las fincas de origen a la correspondiente cuota porcentual de la finca de resultado²⁸. Pero esa solución no puede imponerse sin partir del previo entendimiento de que el gravamen sobre una parcela puede trasladarse a una cuota pro indiviso por subrogación real, y por lo tanto sin prejuzgar un problema en el que no se entra a fondo: cuando existe y cuando no existe subrogación real.

Porque el criterio manifestado por las NCRH al resolver este supuesto parte de una interpretación maximalista de la subrogación real en materia urbanística que incurre en inevitable contradicción con el criterio sentado por el artículo 122.4 RGU para resolver un caso análogo. Recordemos que, según este último precepto, la subrogación real no operaba, y por lo tanto las cargas existentes sobre la parcela originaria de-

²⁸ En lugar de trasladar simplemente las cargas y gravámenes, dejando que el rango se determine de acuerdo con el principio de prioridad. Sin embargo, cuando se trate de derechos inscritos con posterioridad a la fecha de la nota marginal de iniciación del expediente contemplada por el artículo 5 –y aludida con anterioridad en este comentario–, y de los que el órgano actuante tuviera conocimiento durante su elaboración y tramitación, la fijación de esa cuota no resulta necesaria (art. 11.7 de las NCRH). Es de suponer que en tal caso, habiendo sido notificados del proyecto los titulares de cargas sobre las fincas originarias y no realizando alegación alguna, se entiende que están conformes con que opere el principio de prioridad, sin perjuicio de que el traslado en esos términos pueda estimarse incompatible con la nueva situación y características de las fincas por el registrador (por ejemplo, si se da lugar a un doble usufructo sobre la parcela de destino, y siempre que parezca razonable entender que el posterior no va a tener eficacia alguna).

bían extinguirse, cuando al propietario se le adjudicara una cuota pro indiviso sobre una parcela de resultado. La solución resulta lógica, pues no es igual ostentar un derecho real limitado sobre una parcela que sobre una cuota, y la identidad de razón con el supuesto admitido por las NCRH hace que la diferencia de tratamiento resulte chocante. No parece relevante la consideración de que el titular de la cuota gravada es, en el caso que ahora nos ocupa, el mismo que el del todo, especialmente cuando el derecho real sea de realización de valor, ya que al rematante le dará igual que la comunidad existiera previamente o que se origine con su adquisición. Tampoco parece posible entender que el artículo 123.4 del RGU ha sido derogado por la disposición derogatoria única del Real Decreto 1093/1997, puesto que su eficacia se restringe a las normas del RGU referidas al acceso al Registro de la Propiedad de actos de naturaleza urbanística, y el citado precepto se refiere al ámbito de la subrogación real como institución sustantiva, no al acceso de la misma al Registro de la Propiedad.

2. En cuanto a los supuestos en los cuales el traslado de la carga no puede efectuarse, las NCRH establecen la siguiente sistematización:

– Si la carga fuera incompatible con el planeamiento, los apartados 1 y 2 del artículo 11 de las NCRH establecen que la cancelación sólo se llevará a cabo por el Registrador si, además de haberse practicado las preceptivas notificaciones a los respectivos titulares, se cumplen los siguientes requisitos:

a) Que en el proyecto aprobado se declare la incompatibilidad de la carga con la ordenación urbanística y se solicite expresamente su cancelación.

b) Que se especifique la indemnización que, en su caso, haya de satisfacerse a su titular.

c) Que conste que se ha pagado o consignado el importe de dicha indemnización.

– Si esa incompatibilidad se debiera a la situación o características o usos de la finca de resultado, cosa que puede apreciarse por la misma Administración –haciéndolo constar así en el proyecto–, o por el Registrador –al calificar el título inscribible–, el artículo 12 de las NCRH establece que las partes habrán de llegar a un acuerdo sobre la cancelación del gravamen o su conversión en un crédito garantizado con hipoteca. A falta de acuerdo podrán acudir al Juzgado Civil competente para que resuelva acerca de la compatibilidad o incompatibilidad y, en este último caso, para que fije la valoración de la carga y la constitución de la mencionada garantía hipotecaria.

Como puede observarse, las NCRH continúan asumiendo la dualidad de tratamiento establecida por el RGU para dos supuestos de hecho que, en la mayoría de los casos, resultarán imposibles de diferenciar. Es cierto que las cargas vinculadas a una utilización rústica de las fincas –servi-

dumbres como la de parada y partidor, estribo de presa, etc.— serán normalmente incompatibles con el destino urbanístico establecido por el plan, cualquiera que sea la situación de las fincas de resultado. Pero también lo es que en algunos casos la incompatibilidad o compatibilidad con el planeamiento dependerá precisamente de la situación y características de las fincas de resultado —por ejemplo, una servidumbre de *altius non tollendi*, cuya viabilidad puede depender de la edificabilidad atribuida a las parcelas de resultado—. Sólo en supuestos verdaderamente excepcionales resultará posible concluir que la incompatibilidad concurre exclusivamente en relación con la nueva situación, características o usos de las fincas de resultado: ni siquiera la servidumbre de paso constituye un buen ejemplo de esta categoría, porque siendo incompatible con una determinada situación de las fincas de resultado nada nos asegura que en otra situación, en la cual fuera útil la servidumbre, no se produciría, en cambio, incompatibilidad con el planeamiento.

4. LA DECLARACIÓN DE OBRA NUEVA EN LAS NCRH

a) LOS PRECEPTOS DE LAS NCRH RELATIVOS A LA DECLARACIÓN DE OBRA NUEVA Y EL ARTÍCULO 37.2 DEL TRLS DE 1992

Las cuestiones planteadas por la inscripción de la declaración de obra nueva se encuentran reguladas en el capítulo VI de las NCRH (arts. 45 a 55). Los mencionados artículos constituyen el desarrollo reglamentario del artículo 37.2 del TRLS de 1992, que venía a transcribir casi literalmente el contenido del artículo 25.2 de la Ley 8/1990, de 25 de julio, sobre Reforma del Régimen Urbanístico y Valoraciones del Suelo (LRRUVS en lo sucesivo)²⁹. A su vez la norma urbanística modificaba fundamentalmente el contenido de los artículos 208 de la Ley Hipotecaria y 308 del Reglamento Hipotecario, que contenían la regulación general de la declaración de obra nueva³⁰, expresándose en los siguientes términos:

Los Notarios y Registradores de la Propiedad exigirán para autorizar o inscribir, respectivamente, escrituras de declaración de obra nueva terminada, que se acredite el otorgamiento de la preceptiva licencia de edificación y la expedición por técnico competente de la certificación de finalización de la obra conforme al proyecto aprobado. Para autorizar e inscribir escrituras de declaración de obra nueva en construcción, a la licencia de edificación se acompañará certificación expedida por técni-

²⁹ Salvo la supresión del plazo de tres meses que establecía la LRRUVS para que se hiciera constar la terminación de la obra nueva que se inscribió cuando todavía estaba en fase de construcción y para cuya infracción no se contemplaba consecuencia jurídica alguna.

³⁰ En relación con las viviendas de protección oficial tienen interés los artículos 99 del Decreto 2114/1968, de 24 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de Viviendas de Protección Oficial, y el artículo 17 del Real Decreto 3148/1978, de 10 de noviembre, de viviendas de protección oficial.

co competente, acreditativa de que la descripción de la obra nueva se ajusta al proyecto para el que se obtuvo la licencia. En este caso, el propietario deberá hacer constar la terminación mediante acta notarial que incorporará la certificación de finalización de la obra antes mencionada. Tanto la licencia como las expresadas certificaciones deberán testimoniarse en las correspondientes escrituras.

- b) LA FINALIDAD PERSEGUIDA POR EL ARTÍCULO 37.2 DEL TRLS Y POR SU ANTECEDENTE EL ARTÍCULO 25.2 DE LA LEY 8/1990

De acuerdo con Arnaiz Eguren, «a partir de la reforma hipotecaria (de 1944-46) y hasta la publicación de la Ley 8/1990, el título que en la práctica totalidad de las ocasiones se ha utilizado para conseguir la inscripción de edificaciones en el Registro de la Propiedad ha sido la escritura pública dirigida a esa finalidad, en la que el titular de la finca manifiesta haber construido o tener en construcción una edificación determinada, describe ésta y solicita su inscripción a favor del titular dominical. Ocasionalmente ese titular manifiesta, además, o bien que ha satisfecho íntegramente el precio de los materiales o que ha pagado al contratista la ejecución de lo edificado»³¹.

Como el mismo autor señala, durante esa época se rechazó la opinión de Morell y Díaz Moreno acerca de la conveniencia de que a la escritura de declaración de obra nueva se acompañara en todo caso la licencia de obras o el certificado técnico, y por lo tanto que este requisito no tuviera el carácter potestativo u opcional que parece desprenderse de los párrafos segundos de los artículos 208 LH y 308 RH.

Se mantenía el criterio de que el principio de legalidad vigente en materia registral no se extendía a la legalidad urbanística de la obra declarada y que los Notarios y Registradores eran ajenos a ese control. Este criterio se pone radicalmente de manifiesto en la *RDGRyN de 16 de noviembre de 1981*, donde se llegó a afirmar que «al ser competencia exclusiva de las autoridades municipales y urbanísticas el velar por el cumplimiento de las normas de edificación, no corresponde al Notario al autorizar las escrituras de declaración de obra nueva, ni tampoco al Registrador al ejercitar su función calificadora, el entrar en el examen de esta materia, ya que la posible infracción urbanística se produce no por el hecho de otorgarse la declaración de obra, sino porque la construcción no se adaptó a lo ordenado por el planeamiento... en los artículos 208 de la Ley Hipotecaria y 308 de su Reglamento se contienen los requisitos para que la obra nueva ingrese en los libros registrales, sin que tales preceptos exijan que se acredite la concesión de licencia municipal para que

³¹ En «Aspectos civiles y registrales en la declaración de obra nueva. El alcance y significado del artículo 25 de la Ley de Reforma del Régimen Urbanístico y Valoraciones del Suelo de 25 de julio de 1990», publicado en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 607, pp. 2157 ss.

pueda practicarse la inscripción, y en el mismo sentido se manifiesta la propia Ley del Suelo, que en ninguno de sus preceptos impone esta obligación a Notarios y Registradores».

Esta doctrina de la DGRyN no dejaba de manifestar una realidad evidente: la calificación de la conformidad urbanística de una edificación no sólo requiere unos conocimientos técnicos que difícilmente poseerán los Notarios y los Registradores —sin que ello suponga duda alguna acerca de su acreditadísima formación jurídica—, sino que además es una competencia de la Administración que se manifiesta a través del otorgamiento o denegación de la licencia de obras y que está sometida al control de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa³².

Ahora bien, una cosa es reconocer que el control de la legalidad urbanística no corresponde a los Notarios y Registradores, y otra, bien distinta, continuar con un sistema que permita el acceso al Registro de declaraciones de obra nueva sin que ese control previo de legalidad haya sido verificado por otros medios idóneos para ello: porque el bien ganado prestigio de que gozan los Notarios y Registradores originan en los ciudadanos sin conocimientos técnicos suficientes para diferenciar entre «legalidad urbanística» y «legalidad civil» una confianza más genérica: la de que al Registro no pueden acceder situaciones contrarias al Ordenamiento Jurídico.

Por todo ello, la situación legal existente —cuya corrección no correspondía a la DGRyN— venía a favorecer a constructores poco escrupulosos y dispuestos a utilizar el Registro de la Propiedad como instrumento fraudulento: bastaba con declarar un edificio diferente del que autorizaba la licencia —más locales independientes, por ejemplo—, para crear una apariencia de legalidad inexistente. Luego, el perjuicio derivado de semejante maniobra afectará a los adquirentes de tales pisos y locales, si la Administración ordena la adecuación de lo construido a la licencia concedida, o a la comunidad en su conjunto, si la presión social derivada de los hechos consumados induce a la Administración a «hacer la vista gorda», asumiendo una proporción de viviendas o un volumen edificado superiores a los previstos y por lo tanto incompatible con la proporción de espacios libres y servicios contemplados en el plan.

³² Mantienen una opinión diversa, afirmando que la función calificadora del Registrador se extiende a la conformidad de la licencia con la legalidad urbanística, HERNÁNDEZ DE MARCO y FERNÁNDEZ VERDUGO, en «El artículo 37.2 del Real Decreto Legislativo 1/1992, de 26 de junio, Texto Refundido de la Ley sobre el Régimen del Suelo y Ordenación Urbana: La declaración de obra nueva y el Registro de la Propiedad», en *Anuario de Derecho Civil*, tomo XLVI, fascículo III, pp. 1401-1436. Sin entrar en la espinosa cuestión relativa al alcance de la calificación registral cuando el acto inscribible procede de la Administración hay que considerar la presunción de validez y la imposibilidad de que esa Administración pueda defenderse por vía judicial de una calificación registral desfavorable; simplemente es imposible pleitear ante la Jurisdicción Civil con otro particular para que se declare la validez de tales actos y resultaría absurdo promover una sentencia declarativa de los tribunales configuradores de la jurisdicción contencioso-administrativa acerca de una validez que ya presume la Ley. ¿No se podría infringir el derecho a la tutela judicial efectiva de la Administración al incrementarse el ámbito de la potestad calificadora del registrador?

La Generalidad de Cataluña intentó abordar la cuestión mediante un proyecto de ley que no llegó a tramitarse ante la falta de título competencial para regular la materia registral, atribuida en exclusiva al Estado por el artículo 149.1.8.º de la Constitución Española, y toda esta situación desembocaría finalmente en un conocido informe acerca de la proliferación de fraudes inmobiliarios en las zonas costeras españolas, presentado en noviembre de 1988 a la Comisión de Peticiones del Parlamento Europeo por el eurodiputado británico Mac Millan³³.

El problema se va a afrontar en la Ley 7/1990 de la Comunidad Autónoma de Canarias y en los artículos 25.2 y 27.1 de la Ley Estatal 8/1990, cuyo contenido pasaría luego a integrar los artículos 37.2 y 40.1 del TRLS de 1992³⁴. Por lo que a la legislación del Estado se refiere, el objetivo perseguido era doble:

– Con el artículo 25.2 de la Ley 8/1990, se trataba de evitar que ingresaran en el Registro declaraciones de obra nueva realizadas sin licencia, o bien que no se ajusten, en la descripción de la obra, al contenido de la licencia.

– Además se declaraba terminantemente que la existencia de licencia y la conformidad entre la obra declarada y la autorizada no suponen la inmunidad de los terceros en el caso de que la licencia sea ilegal, estableciéndose en el artículo 27.1 de la LRRUVS (que pasará a ser el 37.1 del TRLS de 1992), que *La edificación realizada al amparo de licencia posteriormente declarada ilegal por contravenir la ordenación urbanística aplicable no queda incorporada al patrimonio del propietario del terreno. La resolución administrativa o judicial que contenga dicha declaración se notificará al Registro de la Propiedad para su debida constancia.*

c) LAS NCRH EN RELACIÓN CON LOS PROBLEMAS PLANTEADOS POR LOS ARTÍCULOS 25.2 DE LA LEY 8/1990 Y 37.2 DEL TRLS DE 1992

La aplicación de los citados preceptos planteó una serie de problemas relacionados, principalmente, con el ámbito temporal y espacial de aplicación de la norma, el propio concepto de «obra nueva» utilizado por el legislador, quién podía ser considerado «técnico competente», y cuál había de

³³ En dicho informe se proponía la adopción de las siguientes medidas:

1.ª Que para inscribir obras nuevas en construcción se acompañe a la escritura una certificación del arquitecto o técnico autor del proyecto, del técnico director de la obra o del técnico municipal, acreditativa de que la descripción de la obra nueva se ajusta al proyecto para el cual se concedió licencia y comprensiva de los datos identificadores del expediente administrativo de concesión.

2.ª Si se trata de inscribir obras concluidas, la certificación debería acreditar que la edificación declarada se ajustaba a la licencia concedida.

³⁴ Artículos calificados de aplicación plena por la disposición final única del TRLS de 1992, y no afectados por la STC 61/1997.

ser el contenido de la certificación –especialmente cuando se trataba de una declaración de obra nueva terminada–. Por ello nuestro comentario se centrará en los preceptos de las NCRH relativos a estos aspectos de la cuestión.

c1) *El ámbito de aplicación espacial de los artículos 37.2 del TRLS de 1992 y 46 de las NCRH*

El artículo 46 establece que «*para inscribir los títulos comprendidos en el artículo anterior (los establecidos por la Legislación Hipotecaria para la declaración de obra nueva) será necesario el cumplimiento de los siguientes requisitos: 1. Que se acredite la obtención de la licencia que corresponda, salvo que legalmente no fuere exigible...*».

En principio –y si prescindimos, por ahora, de la expresión «salvo que legalmente no fuere exigible»–, podemos decir que la solución reglamentaria viene a recoger la doctrina sentada por la DGRyN en el sentido de *no excluir de las exigencias contempladas en el artículo 37.2 a los municipios en los cuales no era de aplicación plena el TRLS de 1992, ni a las edificaciones construidas en suelo no urbanizable*.

Concretamente, y en relación con la aplicación del artículo 37.2 a los municipios de menos de 25.000 habitantes, la RDGRyN de 6 de septiembre de 1991 estableció el criterio de que la licencia y la certificación facultativa «ha de ser exigida siempre y cualquiera que sea el número de habitantes del municipio, pues así resulta de la disposición adicional primera, números 1 y 3, en relación con la disposición final primera, número 1, que dispone esta última que tendrán carácter de legislación básica, entre otros, los artículos 11 y 25 de la Ley y que son aplicables según la primera disposición adicional citada...»³⁵.

En lo relativo a la aplicabilidad del artículo 37.2 del TRLS al suelo no urbanizable, hay que recordar que la cuestión se suscitó durante la vigencia de la Ley 8/1990, al incluirse las exigencias establecidas por el artículo 25.2 entre los preceptos configuradores del capítulo III de su título I, que literalmente venían referidos al suelo urbano y urbanizable. Con posterioridad, el artículo 16.4 del TRLS, vino a clarificar la cuestión en el sentido que defendía una parte de la doctrina³⁶, afirmando que las

³⁵ En relación con el carácter del artículo 25.2 de la LRRUVS, y, por lo tanto, del artículo 37.2 del TRLS, se ha sostenido que es un precepto dirigido a regular la conducta de Notarios y Registradores de la Propiedad, competencia exclusiva del Estado de acuerdo con el artículo 149.8 de la Constitución Española, y, por lo tanto, que no puede considerarse como legislación básica, sino de aplicación plena. Así lo consideran, entre otros, PAREJO-MERINO, P. M.^a, en *El derecho a edificar y el derecho a la edificación*, Academia Sevillana del Notariado, tomo VI, p. 442, y en «La reforma de la legislación urbanística en las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 612, p. 2147; ARNAIZ EGUREN, en *Aspectos civiles y registrales en la declaración de obra nueva...*, cit., y PRETEL SERRANO en «La intervención del “técnico competente” del artículo 25.2 de la Ley 8/1990, de 25 de julio, sobre Reforma del Régimen Urbanístico y Valoraciones del Suelo», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 607, pp. 2211-2212.

³⁶ ARNAIZ EGUREN, en *Aspectos civiles y registrales...*, cit.

exigencias contempladas por el artículo 37.2 para la autorización e inscripción de escrituras de declaración de obra nueva son exigibles también en relación con el suelo no urbanizable. Y éste fue el criterio orientador de la solución adoptada por la *RDGRyN de 26 de febrero de 1996*.

Por tanto, es lógico que el precepto reglamentario no establezca precisión alguna acerca del ámbito espacial de aplicación del reiterado artículo 37.2 del TRLS de 1992. En cuanto a la excepción relativa a los supuestos en que «legalmente no fuere exigible» la licencia que corresponde, y si consideramos que el artículo 242 del TRLS de 1992 establece que «todo acto de edificación requerirá la preceptiva licencia municipal»³⁷, parece que la mencionada excepción habrá de referirse a los supuestos en que se ha producido la prescripción de la infracción urbanística, no siendo posible ya acordar la demolición del edificio sin indemnización. A estos supuestos, relacionados con el ámbito temporal de aplicación del artículo 37.2, nos referimos en el epígrafe siguiente.

c2) *El ámbito de aplicación temporal de los artículos 37.2 del TRLS de 1992 y 52 de las NCRH*

Bajo el título de «Reglas aplicables a otras construcciones», el artículo 52 de las NCRH establece lo siguiente: «Podrán inscribirse por el Registrador de la Propiedad las declaraciones de obra nueva correspondientes a edificaciones terminadas en las que concurren los siguientes requisitos:

a) *Que se pruebe por certificación del Catastro o del Ayuntamiento, por certificación técnica o por acta notarial, la terminación de la obra en fecha determinada y su descripción coincidente con el título.*

b) *Que dicha fecha sea anterior al plazo previsto por la legislación aplicable para la prescripción de la infracción en que hubiera podido incurrir el edificante.*

c) *Que no conste del Registro la práctica de anotación preventiva por incoación de expediente de disciplina urbanística sobre la finca que haya sido objeto de edificación».*

El citado texto reglamentario constituye, en realidad, una excepción a la regla contenida en el artículo 37.2 del TRLS de 1992, y su supuesto de hecho surge como suma aritmética de dos componentes: la trasposición de la doctrina de la *DGRyN* en la aplicación de la disposición transitoria quinta, regla primera, del TRLS de 1992, y la opinión de los autores proclives a interpretar que la citada transitoria debe aplicarse también a toda edificación ilegal respecto de la cual ya no sea posible adoptar medidas que impliquen su eventual demolición, con independencia de que fueran terminadas, o incluso comenzadas, antes de la entrada en vigor de la Ley 8/1990.

³⁷ Considerado legislación básica por la disposición final única de la propia norma legal y no afectado por la STC 61/1997, de 20 de marzo.

En este sentido, conviene recordar que la disposición transitoria quinta, número 1, del TRLS de 1992 –disposición transitoria sexta, número 1, de la LRRUVS– establece que *«las edificaciones existentes a la entrada en vigor de la Ley 8/1990, de 25 de julio, situadas en suelos urbanos o urbanizables, realizadas de conformidad con la ordenación urbanística aplicable o respecto de las que ya no proceda dictar medidas de restablecimiento de la legalidad urbanística que impliquen su demolición, se entenderán incorporadas al patrimonio de su titular»*.

En aplicación de dicho precepto, la Resolución de la DGRyN de 4 de febrero de 1992, luego confirmada por las de 17 de junio de 1993 y 3 de noviembre de 1995, entendió que tratándose de edificaciones ya existentes en el momento de la entrada en vigor de la Ley 8/1990, y aun cuando la escritura de declaración de obra nueva se otorgara con posterioridad, «basta con acreditar, alternativamente: a) Que esa edificación ha sido realizada de conformidad con la legislación urbanística entonces aplicable. b) Que, en cualquier caso, ya no son procedentes medidas de restablecimiento de la legalidad urbanística. El extremo a) puede acreditarse por resolución administrativa competente o del modo hoy previsto en el artículo 25.2 de la Ley 8/1990. El extremo b) requiere la acreditación de que la edificación ha sido terminada hace más de cuatro años (*vid.* los arts. 185 LS y 9.º del Real Decreto-ley de 16 octubre de 1981), siempre que no conste en el Registro de la Propiedad –como es obligado (cfr. disposición adicional décima, número 3, de la Ley 8/1990)– la incoación del expediente de disciplina urbanística».

De las tres resoluciones citadas, la más importante es la de 3 de noviembre de 1995, por dos motivos:

1.º La edificación había sido materializada en suelo no urbanizable común, con lo cual quedaba claro que la transitoria quinta, número 1, del TRLS no limita su eficacia a las construcciones en suelo urbano y urbanizable, pese a lo que podría deducirse del tenor literal de la misma.

2.º Aunque reproduce la doctrina deslizada en las dos anteriores acerca de los requisitos para el acceso al Registro de edificaciones realizadas antes de la entrada en vigor de la LRRUVS y respecto de las cuales ya no quepa adoptar medidas disciplinarias que impliquen su demolición, declaró procedente la inscripción, a diferencia de los casos anteriores en los cuales no se estimó acreditado el transcurso del plazo de cuatro años desde la conclusión de la edificación.

En un comentario a la mencionada resolución de 3 de noviembre de 1995³⁸ ya aludimos a lo incorrecta que nos parecía esa doctrina de

³⁸ Publicado en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 41, abril-agosto de 1996, pp. 511-523.

la DGRyN. Los argumentos para nuestra crítica, si bien esquemáticamente expuestos, eran los siguientes:

1.º De acuerdo con la Legislación estatal y también con la autonómica, la acción orientada a adoptar medidas de disciplina que impliquen la demolición sin indemnización alguna de las edificaciones situadas en espacios libres y zonas verdes, así como en suelo no urbanizable calificado de especial protección, no está sometida a límite temporal alguno y, por lo tanto, pueden ser demolidas cualquiera que sea el momento de su terminación³⁹. Por no mencionar la posibilidad de que la legislación urbanística aplicable –esto es, la autonómica– pueda establecer plazos de prescripción mayores o menores que el general de cuatro años para las acciones que impliquen demolición de lo ilegalmente construido en supuestos cuya concurrencia o no parece cuestión a resolver por la Administración y no por el Registrador⁴⁰. En la resolución comentada se aludía de pasada al carácter común del suelo no urbanizable considerado, pero nada se decía en la narración de los hechos ni en la argumentación jurídica que pudiera amparar esa calificación, y tampoco se destacaba la necesidad de que se acredite ese carácter para que la doctrina sentada por la Dirección General pueda resultar de aplicación, cosa que nos parece simplemente lamentable.

2.º Aun en el caso de tratarse de edificaciones en relación con las cuales –siempre de acuerdo con la legislación urbanística aplicable– la acción orientada a su demolición prescriba en un plazo determinado a partir de su terminación, parece lógico entender que su acce-

³⁹ En este sentido se manifiesta el artículo 255.1 del TRLS, que pese a haber sido declarado inconstitucional por la STC 61/1997, de 20 de marzo, debido a ser una norma supletoria, ha sido puesto en vigor para Cantabria y Andalucía por las Leyes 1/1997, de 25 de abril y 18 de junio, respectivamente. Antes de la vigencia del TRLS de 1992, la imprescriptibilidad de las infracciones consistentes en edificar sobre zonas verdes o espacios libres se contemplaba en el artículo 188 del TRLS de 1976, no previéndose lo mismo para el suelo no urbanizable de especial protección por la sencilla razón de que esta categoría de suelo no se contemplaba en los textos de la época. También establecen esa imprescriptibilidad disposiciones autonómicas como los artículos 180 de la Ley 1/1997, de 24 de marzo, del Suelo de Galicia, o el artículo 260 del texto refundido de la legislación vigente en Cataluña en materia urbanística.

⁴⁰ Así, por ejemplo, la Ley Foral Navarra 10/1994, de 4 de julio, de Ordenación del Territorio y Urbanismo, cuyo artículo 239 regula la prescripción de las acciones orientadas a la restauración del orden infringido del siguiente modo: «1. La acción de la Administración para restaurar el orden infringido cuando se trate de actuaciones ilegales sobre bienes de dominio público, zonas verdes, espacios libres o bienes de interés cultural, todos ellos de titularidad pública, no estará sujeta a plazo alguno de prescripción. 2. Cuando se trate de actuaciones contrarias a esta Ley Foral que se realicen sobre los bienes de titularidad privada con las categorías señaladas en el número anterior, sobre suelo forestal o suelo de alta productividad agrícola, de infraestructuras o itinerarios de interés, la acción prescribirá a los diez años. 3. En el resto de los casos, la acción prescribirá a los cuatro años». Ha de tenerse en cuenta, además, que la STC 61/1997, de 20 de marzo, declaró la inconstitucionalidad de la regulación establecida en el artículo 249 del TRLS para las obras terminadas sin licencia o sin ajustarse a sus determinaciones –calificado como legislación básica por la disposición final única del propio texto legal– aduciendo que «las concretas medidas de reacción que la Administración urbanística ha de adoptar, su procedimiento y efectos» son cuestiones que «en principio, encajan en la competencia material urbanística».

so al Registro sólo será posible acreditando que la prescripción se ha producido. Y es evidente que a esos efectos no será suficiente con acreditar el paso de ese plazo y la ausencia de anotación preventiva de iniciación del expediente de disciplina urbanística, dado que la prescripción se interrumpe, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 132.2 de la vigente Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, mediante la incoación, con conocimiento del interesado, del procedimiento sancionador, sin que la anotación preventiva de esa incoación pueda estimarse en modo alguno como un requisito imprescindible para la interrupción⁴¹. En este sentido es cierto que algún autor ha entendido que la incoación de expediente de disciplina urbanística ha de hacerse constar en el Registro de la Propiedad con carácter obligatorio, mediante la anotación preventiva prevista en el artículo 309.2 del TRLS, pero nosotros siempre mantuvimos que la práctica de esa anotación es conveniente pero no obligatoria, habida cuenta de las siguientes consideraciones:

a) La inscripción obligatoria supone una excepción a la naturaleza meramente voluntaria de nuestro Registro de la Propiedad.

b) El artículo 307 del TRLS de 1992 parece apoyar esa naturaleza facultativa, al decir que el mencionado acto *será inscribible* —lo que parece indicar que puede inscribirse o no—. Es cierto que luego el artículo 309.2 se expresa en términos claramente imperativos, al decir que «*se harán constar, mediante anotación preventiva, los actos de los números 3 y 6 del artículo 307*», pero no hay más que leer el título del artículo 309 —concretamente «clases de asientos»—, para deducir que el mandato se dirige al Registrador ordenándole que, supuesta la solicitud de inscripción, utilice precisamente ese asiento registral y no otro.

c) El artículo 56 de las NCRH claramente permite apoyar esta voluntariedad, al afirmar que «*la Administración legalmente competente, con el fin de asegurar el resultado de los expedientes de disciplina urbanística y la reposición de los bienes afectados al estado que tuvieran con anterioridad a la infracción, podrá acordar que se tome anotación preventiva de la incoación de dichos expedientes...*»⁴².

⁴¹ En este sentido se habían manifestado ya PAREJO MERINO, P. M.^a, en «La reforma de la legislación urbanística en las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado», artículo publicado en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 612, pp. 2145-2166, y PRETEL SERRANO, en *La intervención del «técnico competente»...*, cit., p. 2213.

⁴² Aunque la redacción pueda considerarse algo oscura, por no indicarse el alcance de los obstáculos que el registro puede suponer para la reposición de los bienes a la situación anterior a la infracción. Esos obstáculos, que nunca podrán suponer inmunidad de los subadquirentes frente a las acciones dirigidas a restaurar el orden urbanístico, habrán de deducirse de normas con rango de Ley, siempre teniendo en cuenta la subrogación del adquirente en la posición jurídica del transmitente que proclama una norma de tal rango: el antes citado artículo 22 del TRLS de 1992.

d) En relación con las edificaciones ilegales y construidas sin licencia, es decir, con la hipótesis que estamos analizando, la anotación preventiva que anuncia la iniciación de un expediente disciplinario no sería necesaria para asegurar el resultado final de ese expediente frente a otros adquirentes que aleguen la protección de la fe pública, si no se permitiera que la edificación ingresara en el Registro, proporcionando así un apoyo para esa confianza⁴³.

Pero es que aun cuando admitiéramos, en el plano de la hipótesis, que la solicitud de que se practique anotación preventiva de incoación del expediente de disciplina urbanística es obligatoria para la Administración, ¿cómo justificar una sanción de esa pretendida obligatoriedad que implique la ineficacia del acto interruptivo, castigando tan gravemente a la comunidad por la pasividad de sus gestores? Y no puede decirse que la doctrina de la DGRyN no impide el efecto interruptivo, sino que solamente posibilita el acceso al Registro de la edificación, con independencia de que se pueda seguir actuando contra el infractor. Porque entonces hemos salido de la excepción al régimen de la declaración de obra nueva derivada de la transitoria quinta, número 1, del TRLS de 1992⁴⁴, y, además, estamos provocando que la irrupción de un subadquirente de la edificación ilegal haga colisionar los principios hipotecarios con la normativa urbanística.

En definitiva: la anotación preventiva de incoación de expediente sobre disciplina urbanística puede no existir, y, sin embargo, haberse producido la interrupción de la infracción, estando la cuestión radicada ante la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. Por eso, la Ley canaria 7/1990 exige, para exceptuar a una declaración de obra nueva relativa a una construcción ilegal de la acreditación de la licencia, que la correspondiente infracción *haya sido declarada prescrita por la Administración o por los tribunales* (lógicamente los configuradores de la Jurisdicción Contenciosa), y ésa parece, además, la conclusión que se deriva del tenor literal de la transitoria quinta, número 1, del TRLS de 1992. Por no mencionar la ausencia de un interés digno de tutela en el acceso ágil y rápido al tráfico jurídico de edificaciones construidas sin licencia, ¿o acaso no es más reprobable la actuación de quien edifica ilegalmente que la de la Administración al demorar la adopción de las medidas disciplinarias correspondientes?

En cuanto a las edificaciones ilegales y terminadas con posterioridad a la entrada en vigor de la LRRUVS parece claro que la interpretación *sensu contrario* de la transitoria quinta, número 1, del TRLS —transitoria

⁴³ Será más problemático el supuesto de edificación terminada conforme a una licencia luego declarada ilegal, porque entonces la obra nueva sí ha podido acceder al Registro cumpliendo los requisitos impuestos por el artículo 37.2 del TRLS de 1992.

⁴⁴ Que, recuérdese, sólo entendía incorporadas al patrimonio de su titular las edificaciones realizadas de acuerdo con la ordenación urbanística aplicable o «respecto de las que ya no proceda dictar medidas de restablecimiento de la legalidad urbanística que impliquen su demolición».

sexta, número 1, de la propia LRRUVS— debería llevarnos inexorablemente a la conclusión de que dichas edificaciones no podrían entenderse nunca «incorporadas al patrimonio de su titular», en el sentido dado a tal expresión por el TRLS de 1992, que, para nosotros, es equivalente a la imposibilidad de que la Administración pueda demoler sin indemnizar.

Sin embargo, considerando la competencia que parece atribuirse a las Comunidades Autónomas para la definición de las consecuencias vinculadas a una infracción urbanística, y la ausencia de una norma especial que regule le prescripción de las infracciones urbanísticas según se trate de edificaciones terminadas antes o después de la entrada en vigor de la LRRUVS, la doctrina se ha ido inclinando hacia la admisión de que se les dispense el mismo tratamiento establecido por el TRLS de 1992 para las edificaciones ilegales existentes a la entrada en vigor de la LRRUVS.

Por nuestra parte, ya en el comentario publicado acerca de la RDGRyN de 3 de noviembre de 1995⁴⁵ sostuvimos la conveniencia de esta solución desde una interpretación finalista del artículo 37.2, atenta a la consideración de que se trata de un precepto destinado a evitar, en la medida de lo posible, que accedan al Registro edificaciones ilegales contra las que la Administración pueda reaccionar en perjuicio de los intereses de quienes las adquirieron confiando en lo que el Registro manifestaba. De esta manera, si las edificaciones construidas con arreglo a licencia pueden inscribirse, aun cuando ello no suponga una absoluta garantía de indemnidad —puesto que esa licencia no impide la demolición del edificio si es declarada ilegal—, con mayor motivo habrán de acceder aquellas otras construcciones contra las que ya no quepa reacción alguna⁴⁶, siempre que se acredite, como dijimos anteriormente en relación con las edificaciones existentes a la entrada en vigor de la LRRUVS, que la infracción ha prescrito, mediante declaración procedente de la Administración o de los tribunales configuradores de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

Como conclusión de lo expuesto anteriormente podemos afirmar que la citada norma reglamentaria merece un juicio positivo en cuanto consagra la generalización del régimen contemplado en la transitoria quinta, número 1, a todas las edificaciones, con independencia de si se concluyeron antes o después de la vigencia de la LRRUVS, pero negativo en cuanto el plazo de prescripción, que a veces no existirá, por estimarse que existe infracción continuada, y en otras ocasiones dependerá de conceptos normativos como el interés cultural o la concreta calificación del suelo llevada a cabo por el Plan, aspectos que, a nuestro juicio, corresponde determinar a la Administración bajo el control de la Jurisdicción

⁴⁵ Citado con anterioridad.

⁴⁶ Así parecen entenderlo también, entre otros autores, GONZÁLEZ PÉREZ, en sus *Comentarios a la Ley del Suelo (texto refundido de 1992)*, Madrid, 1993, tomo I, p. 310, y, también, PAREJO GÁMIR, en «Perspectivas notariales en la nueva Ley del Suelo», publicado en *Estudios sobre la reforma de la Ley del Suelo*, Madrid, 1991, pp. 206-207, si bien matizando que ha de acreditarse por algún documento público administrativo o judicial que la obra es inatacable por el transcurso del plazo de cuatro años.

Contencioso-Administrativa. También porque la interrupción de esa prescripción no exige en modo alguno la práctica de la anotación preventiva prevista por el artículo 309.3 del TRLS, especialmente tratándose de la adopción de medidas relativas a una obra nueva que, por hipótesis, no debe haber ingresado en el Registro.

c3) *El ámbito de aplicación material de los artículos 37.2 del TRLS de 1992 y 45 y 53 de las NCRH*

Como ha señalado la doctrina, ni el artículo 208 de la Ley Hipotecaria ni el 308 del Reglamento Hipotecario suministran un concepto de obra nueva, sino que se limitan a referir los mecanismos para el acceso al Registro de *las nuevas plantaciones, así como la construcción de edificios o mejoras de una finca urbana...* Además, tampoco puede deducirse de dichos preceptos la existencia de prescripción alguna relativa al nivel de detalle que ha de contener la declaración de la obra terminada o en construcción⁴⁷.

Estas circunstancias permitirían defraudar la finalidad perseguida por el artículo 37.2 del TRLS de 1992 si no se lleva a cabo una interpretación del mismo que nos permita exigir un contenido mínimo a la descripción del declarante. Esta posibilidad de fraude resulta especialmente relevante cuando el edificio va a ser objeto de división horizontal, toda vez que, a pesar de la normal coincidencia documental entre declaración de obra nueva y constitución del régimen de propiedad horizontal, ambos actos no pueden confundirse, siendo la declaración de obra nueva un paso naturalmente previo y que no ha de verificarse necesariamente en el mismo documento notarial que la división horizontal.

Bastaría, como apunta Pretel Serrano⁴⁸, con llevar a cabo una descripción muy escueta de la obra nueva en la declaración de la misma, para luego, al inscribir el título constitutivo de la propiedad horizontal, dar entrada en el Registro de la Propiedad a una configuración del edificio que, aun resultando materialmente contraria al proyecto aprobado por la Administración, superaría la calificación del registrador, dado que la constitución de la propiedad horizontal no parece sometida a los requisitos contemplados por el artículo 37.2 del TRLS.

Sin embargo, y como el propio autor citado nos indica, esos riesgos desaparecen entendiendo que la declaración de obra nueva ha de contener, al menos, los datos necesarios para que el control impuesto por el artículo 37.2 evite el peligro de que nazcan al mundo registral fincas que pueden ser objeto de medidas de disciplina urbanística, por haberse producido con infracción de las prescripciones del proyecto aprobado por la Administración; ello no supone que la descripción de la obra nueva haya

⁴⁷ PRETEL SERRANO, en *La intervención del «técnico competente»...*, ob. cit., p. 2214, y PAREJO-MERINO, P. M.^a, en *La reforma de la legislación urbanística...*, cit., pp. 2161-2162.

⁴⁸ En *La intervención del «técnico competente»...*, cit.

de reproducir el contenido del proyecto, pero sí impone la necesidad de que en la misma hayan de constar datos como los relativos a la superficie ocupada u ocupable, el número de plantas y el número máximo de pisos o locales que pueden configurarse como independientes en una eventual división horizontal.

Además, toda modificación subsiguiente del título constitutivo de la propiedad horizontal que implique alteración de esos datos o afecte a la estructura del edificio requerirá el cumplimiento de los requisitos exigidos en el artículo 37.2 del TRLS, que se añadirán a los contemplados en la propia Ley de Propiedad Horizontal para tales eventualidades⁴⁹.

⁴⁹ Este fue el criterio seguido en la RDGRyN de 28 de abril de 1992. Se trataba de un edificio inscrito en el Registro de la Propiedad, de cuatro plantas y constituido en régimen de propiedad horizontal. Posteriormente la planta baja se dividió en dos superpuestas, solicitándose la inscripción mediante certificado del Arquitecto municipal en el cual se decía que el desdoblamiento era conforme con la legalidad urbanística.

Se denegó la inscripción por entender el Registrador que han de cumplirse los requisitos establecidos para las declaraciones de obra nueva y vulnerarse la legislación urbanística, dado que la norma aplicable sólo permitía la elevación de cuatro alturas. El Notario entendía que no existe declaración de obra nueva, sino sólo aplicación de la Ley de Propiedad Horizontal sobre la división de locales, acreditando la certificación del técnico municipal que se cumple la legalidad urbanística.

La DGRyN entendió que «es claro que se trata de una modificación que afecta a la estructura esencial del edificio y pone en cuestión si con esta nueva estructura la edificación está ajustada a la legislación urbanística. Son, pues, aplicables para el acceso de esta modificación del edificio las prescripciones del artículo 25 de la Ley 8/1990... para tal fin no es suficiente por sí sola la certificación de un técnico, incluso de un arquitecto municipal. El artículo 25 de la Ley 8/1990 exige una doble titulación: 1.º La licencia de edificación (o la resolución o resoluciones administrativas competentes que hayan alterado sus términos). 2.º El certificado del técnico de que la obra se ajusta al proyecto aprobado... Presentes las normas que rigen la eficacia de los actos administrativos es prematuro el juicio del Registrador por el que sin conocer los términos de la licencia y sus incidencias estima que existe defecto insubsanable, consistente en que el edificio al tener cinco plantas resulta prohibido por las normas subsidiarias y complementarias del planeamiento. Por los títulos presentados no puede todavía conocerse si hay o no defecto que pueda ser apreciado por el Registrador con el carácter de insubsanable...».

En un interesante comentario a esta resolución llevado a cabo por PAREJO-MERINO, P. M.^a, en *La reforma de la legislación urbanística...*, cit., pp. 2160-2165, la autora intenta encontrar un criterio para discernir los actos modificativos del título constitutivo de la Propiedad Horizontal sometidos a licencia de aquellos otros que, sin embargo, no puedan llegar a tener la consideración de declaración de obra nueva a los efectos del artículo 37.2 del TRLS.

Por nuestra parte estimamos que cualquier alteración estructural plantea la duda de si es o no compatible con el proyecto para el cual se obtuvo licencia, y, por lo tanto, obliga a un nuevo informe del técnico competente referido en el artículo 37.2. Si la modificación no es compatible con el proyecto para el cual se obtuvo licencia, o las obras correspondientes se han realizado en virtud de una nueva licencia otorgada precisamente para esa modificación, o han de legalizarse *a posteriori*, si es que son legalizables: en ambos casos, el acceso al Registro de la modificación implicará el cumplimiento de los requisitos impuestos por el artículo 37.2 del TRLS.

Lo que indudablemente no puede hacerse, y en esto coincidimos plenamente con la RDGRyN, es inscribir la modificación en base a un informe del Arquitecto municipal que, lejos de afirmar que la alteración es conforme con el proyecto de obras aprobado, sustituye la competencia del pleno municipal para decidir, mediante el otorgamiento o denegación de la licencia de obras, acerca de la adecuación de la modificación proyectada con el planeamiento.

Optando por otro entendimiento de la cuestión, el problema que se pretende resolver con el artículo 37.2 puede reproducirse, dado que el Registro estará publicando una configuración de la finca que la Administración puede alterar coactivamente en atención a su ilegalidad y con eficacia frente a quienes confían en la licitud de los datos contenidos en tan prestigiosa oficina pública.

A la vista de estas consideraciones resulta claramente elogiable la redacción dada a los artículos 45 y 53 de las NCRH, puesto que, de acuerdo con el primero de dichos preceptos, *«los edificios o mejoras de los mismos que por accesión se incorporan a la finca, cuando se ejecuten conforme a la ordenación urbanística aplicable, serán inscribibles en el Registro de la Propiedad en virtud de los títulos previstos por la legislación hipotecaria. A tal efecto, deberá constar en los mismos, al menos, el número de plantas, la superficie de parcela ocupada, el total de los metros cuadrados edificados, y, si en el proyecto aprobado se especifica, el número de viviendas, apartamentos, estudios, despachos, oficinas o cualquier otro elemento que sea susceptible de aprovechamiento independiente»*.

Por su parte, el artículo 53, regulador de los requisitos de los títulos de constitución de propiedad horizontal, establece que *«para inscribir los títulos de división horizontal o de modificación del régimen ya inscrito se aplicarán las siguientes reglas:*

a) *No podrán constituirse como elementos susceptibles de aprovechamiento independiente más de los que se hayan hecho constar en la declaración de obra nueva, a menos que se acredite, mediante nueva licencia concedida de acuerdo con las previsiones del planeamiento urbanístico vigente, que se permite mayor número. No será de aplicación lo dispuesto en este número a las superficies destinadas a locales comerciales o a garajes, salvo que del texto de la licencia resulte que el número de locales comerciales o de plazas de garaje constituye condición esencial de su concesión.*

b) *Cuando el objeto de la transmisión sea una participación individual de finca destinada a garajes, que suponga el uso y disfrute exclusivo de una zona determinada, deberá incluirse en el título la descripción pormenorizada de la misma, con fijación de su número de orden, linderos, dimensiones perimetrales y superficie útil, así como la descripción correspondiente a los elementos comunes»*.

Las especialidades relativas a la modificación del número de locales parece responder a la práctica habitual, consistente en diferir al mercado la decisión relativa a las dimensiones de estos departamentos autorizando al propietario la división, segregación o agregación de las superficies dedicadas a tales usos sin necesidad de acuerdo de la Junta de Propietarios y siempre que se respete la cuota global de participación en elementos comunes.

Los garajes plantean, además, algunos problemas específicos, dado que las normas urbanísticas contenidas en los planes de las ciudades con problemas de tráfico rodado suelen contener una doble serie de previsiones en relación con estas instalaciones: obligan al propietario a construir un determinado número de plazas —normalmente en relación con el total de departamentos susceptibles de aprovechamiento independiente pre-

vistos en el proyecto–, y, a la vez, excluyen un determinado número de plazas del cómputo del volumen de edificabilidad. En tales casos resulta evidente que la alteración del número de plazas, incluso si se lleva a cabo mediante la simple alteración de los linderos de las existentes, puede desembocar en la ilegalidad de la instalación: si se convierten en menos plazas pero más grandes, por la disconformidad con el número de apartamentos independientes, y, si se convierten en más plazas de menor tamaño, por vulneración de las dimensiones mínimas previstas en la norma urbanística o por infracción del volumen de edificabilidad construido –si el nuevo número supera el establecido a efectos de exención del cómputo de la superficie construida–. Por tanto, parece lógico que sea la Administración quien se manifieste acerca de la esencialidad o no del número de plazas de garaje

Estos dos tipos de instalaciones (locales y garajes) también presentan peculiaridades por la menor incidencia que plantean en relación con el diseño de la ciudad –principalmente en la proporción de zonas verdes y espacios libres, que usualmente se establecen por el Plan en atención al número de viviendas y residentes–. Ahora bien, la duda consiste en decidir si es correcta la decisión de las NCRH, es decir, la presunción de no esencialidad salvo que la licencia establezca otra cosa, o si sería más adecuado inclinarse por la presunción contraria⁵⁰.

c4) *El contenido de la certificación exigida por el artículo 37.2 del TRLS de 1992: el artículo 46 de las NCRH*

En los aspectos relativos al alcance de la certificación relativa a la declaración de obra nueva terminada, la redacción del artículo 37.2 del TRLS de 1992 adolece, a nuestro juicio, de cierta imprecisión terminológica. Así, para la declaración de obra nueva en construcción se exige certificación de que *la descripción de la obra nueva se ajusta al proyecto* para el que se obtuvo la licencia, y, por lo tanto, está claro que nos encontramos ante dos representaciones ideales de la obra: la del proyecto aprobado y la de la declaración de obra nueva. Sin embargo, tratándose de la declaración de obra nueva terminada, el citado precepto exigía *la certificación de finalización de la obra conforme al proyecto aprobado*.

El problema consiste en que, una vez finalizada la obra, a las dos representaciones ideales que existen durante la fase de construcción se añade la configuración material de la obra terminada. Por lo tanto, en este último caso tenemos «tres obras»: la proyectada, la declarada y la efectivamente materializada, y el certificado ha de garantizar la coinci-

⁵⁰ Las NCRH han acogido en cierta medida la opinión de PETREL SERRANO, que en «La intervención del “técnico competente”...», cit., apuntaba la posibilidad de excepcionar la constancia del número máximo de unidades que pueden pasar a ser independientes en relación con los locales y plazas de garaje».

dencia de las tres si se quiere evitar la ilegalidad de la configuración que accede al Registro.

Este entendimiento del precepto legal, atento al espíritu y finalidad de la norma, descartaría la validez del certificado de finalización de la obra conforme al proyecto, contemplado en la *Orden ministerial de 28 de enero de 1972*, en tanto según el modelo aprobado se certifica que la construcción ha sido realizada con arreglo al proyecto, pero no que la descripción que se lleva a cabo de la obra nueva sea conforme con dicho proyecto y también con lo efectivamente construido⁵¹. Sin embargo, el tenor literal del artículo 37.2 no resultaba suficientemente concluyente en este sentido.

El artículo 46.2 de las NCRH viene a resolver definitivamente la cuestión en el mismo sentido apuntado anteriormente por la doctrina, estableciendo que «*si el edificio se declarara concluido, el certificado deberá acreditar, además de lo previsto en los números anteriores, que la obra ha finalizado y que se ajusta, en cuanto a dichos extremos, al proyecto correspondiente*». Como lo previsto en los números anteriores es que la descripción de la obra nueva se ajusta al proyecto, la inclusión del término «además» disipa toda duda acerca de la necesidad de que se certifique la coincidencia de las tres descripciones: la del proyecto, la de la obra nueva tal como es declarada y la de la obra nueva tal y como ha sido materializada⁵².

⁵¹ Así lo afirma PRETEL SERRANO, en *La intervención del «técnico competente»...*, cit., y sobre la base de una interpretación de la Ley atenta a la finalidad perseguida, y más concretamente a la modalidad de fraude inmobiliario que se trataba de evitar con la norma contenida en el artículo 25.2 de la LRRUVS.

Obviamente se trata de evitar que una vez terminada la edificación de acuerdo con el proyecto para el cual se obtuvo licencia, se proceda a modificar ilegalmente la estructura del edificio, inscribiendo en el Registro la obra resultante de esas alteraciones al amparo de una certificación de finalización de la obra conforme al proyecto inicial que no permita apreciar las alteraciones llevadas a cabo.

La evidente falta de sintonía que se observa entre la regulación normativa del contenido de la certificación, según se trate de obras nuevas terminadas o en construcción, no es sino el resultado del tortuoso camino seguido por el citado precepto durante la fase de aprobación del proyecto que, finalmente, cristalizó en la aprobación de la LRRUVS, y que ha sido perfectamente resumido por el citado autor.

⁵² Si previamente se había declarado la obra nueva en construcción, el artículo 47 de las NCRH establece que en el acta notarial en virtud de la cual se practique la nota marginal que hará constar la finalización de la obra habrá de acreditarse dicha finalización mediante la incorporación de la certificación referida en el apartado 3 del artículo anterior. Se resuelve así la duda planteada por PETREL SERRANO en «La nota marginal de la situación urbanística de las fincas en la Ley 8/1990, de Reforma del Régimen Urbanístico y Valoraciones del Suelo», artículo publicado en *Estudios sobre la Reforma de la Ley del Suelo*, cit., p. 90, acerca de si el alcance de la certificación en este caso podía limitarse a constatar la finalización de la obra, o, además, habría de extenderse a la coincidencia entre la obra terminada y la que se describió en la obra nueva inscrita, toda vez que en cualquier caso, y al constar ya en el Registro la descripción de una obra coincidente con el proyecto aprobado, se habría cumplido el objetivo de evitar que el Registro colabore en la apariencia de legalidad de la construcción ilegal (aunque la obra materializada fuera distinta a la proyectada, el Registro reflejaría la configuración de esta última).

c5) *El «técnico competente» para certificar: el artículo 50 de las NCRH*⁵³

De acuerdo con el citado artículo de las NCRH, «a los efectos de lo dispuesto en este capítulo se entenderá por técnico competente:

1. *El que por sí solo o en unión de otros técnicos hubiere firmado el proyecto para el que se concedió la licencia de edificación.*
2. *El que por sí solo o en unión de otros tuviere encomendada la dirección de la obra.*
3. *Cualquier otro técnico, que mediante certificación de su colegio profesional respectivo, acredite que tiene facultades suficientes.*
4. *El técnico municipal del Ayuntamiento competente que tenga encomendada dicha función».*

El citado precepto reglamentario viene a recoger las posiciones doctrinales existentes sobre la materia: normalmente, ese técnico será el arquitecto, arquitecto técnico o ingeniero, según las normas reguladoras de las diversas profesiones⁵⁴; ahora bien, se planteaba el problema de determinar si los notarios y registradores habrían de examinar rigurosamente la normativa reguladora de las competencias de esos profesionales para aceptar o rechazar la certificación, o si bastaría con una apreciación *prima facie* de esa competencia para no mezclar el problema de la represión del intrusismo profesional con el de la salvaguarda de la legalidad urbanística⁵⁵.

⁵³ En cuanto a la innecesariedad de que el certificado esté visado por el Colegio Profesional del técnico certificador, *vid.* la RDGyN de 10 de febrero de 1994, según la cual «a los efectos de inscripción en el Registro de la Propiedad, las certificaciones de obra prevenidas en el artículo 25 de la Ley 8/1990 no precisan del visado colegial, todo ello sin perjuicio del alcance de este requisito en su ámbito específico». Se manifestaron a favor de la exigencia de visado HERNÁNDEZ DE MARCO y FERNÁNDEZ VERDUGO, en *El artículo 37.2...*, cit.

⁵⁴ En este sentido, parece que el técnico competente para firmar el proyecto habrá de considerarse competente también para extender el certificado exigido por el artículo 37.2 del TRLS. Tratándose de obras de nueva planta y de la modificación de la estructura de las existentes, la regla es que lo sean los Arquitectos o Arquitectos técnicos, aun cuando también pueden serlo los Ingenieros industriales, dentro de ciertos límites y cuando las construcciones lo sean para industrias, como indica GONZÁLEZ PÉREZ, en *Nuevo Régimen de las Licencias de Urbanismo*, Madrid, 1992, p. 206.

En relación con la distribución de competencias entre Arquitectos y Arquitectos técnicos, habrá que tener en cuenta la delimitación de competencias establecida en la Ley 12/1986, de 1 de abril, de Atribuciones de Ingenieros y Arquitectos técnicos. En líneas generales, y como señalan, entre otros autores, PRETEL SERRANO, *ob. cit.*, pp. 2219-2220, o BALLESTEROS FERNÁNDEZ en *Manual de Administración Local*, Granada, 1992, p. 675, refiriendo al efecto las SSTs de 27 de diciembre de 1989 y 6 de febrero de 1990, los Arquitectos superiores tienen la competencia exclusiva para la proyección y ejecución de obras destinadas a viviendas por modestas que sean éstas, así como para la realización de obras de remodelación que afecten a la configuración del edificio, a sus elementos estructurales resistentes o a las instalaciones de servicio común, mientras que si no afectan a dichos elementos pueden ser proyectadas indistintamente por Arquitecto técnico o superior.

⁵⁵ Por esta última alternativa se inclinaba PAREJO GÁMIR, en *Perspectivas notariales...*, *ob. cit.*, pp. 200-201, añadiendo que la denegación de la autorización sólo procederá cuando estemos ante una incompetencia grave, grosera y manifiesta: simples maestros de

En este sentido, la norma presentada opta por entender que tanto el técnico al servicio de la Administración como el que por sí sólo o en unión de otros técnicos hubiere firmado el proyecto para el que se concedió la licencia son competentes. En el primer caso esa competencia constituye el presupuesto de la propia relación que vincula al técnico con la Administración, mientras que en el segundo la competencia ha sido previamente contrastada por el órgano que otorgó la licencia de obras⁵⁶.

La admisión de la competencia del técnico que tuviere encomendada la dirección de la obra permite incluir al Arquitecto técnico a quien le haya sido atribuida esa función, aun cuando se trate de una obra que no pueda proyectar⁵⁷.

Cuando en el técnico no concurren las circunstancias previstas en los apartados anteriores, las NCRH resuelven el conflicto entre la conveniencia de que cualquier otro técnico pueda certificar⁵⁸ y los problemas que puede plantear a notarios y registradores la calificación de su competencia, exigiendo que el respectivo colegio profesional certifique las facultades del certificador.

En relación con el artículo 50 de las NCRH, resulta destacable recordar la doctrina que se había deslizado en la RDGRyN de 26 de febrero de 1996, de acuerdo con la cual «la certificación de la finalización de la obra conforme al proyecto aprobado expedida por técnico competente, prevista en el artículo 37.2 del texto refundido de la Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana para la autorización e inscripción de escrituras de declaración de obra nueva terminada, puede ser sustituida por un certificado extendido por el Secretario del Ayuntamiento con el visto bueno del Alcalde en el que se afirme que las edificaciones descritas se hallan concluidas y han sido construidas con arreglo a la legalidad urbanística vigente, ajustándose al proyecto técnico y licencias de obra concedidas al efecto».

En un comentario a la mencionada resolución⁵⁹ planteábamos las dudas que merecía la solución adoptada en la misma, sobre todo cuando la certificación del Secretario acreditaba directamente la legalidad de la edificación, aun cuando el sistema nos pareciera acertado de *lege ferenda* e incluso pudiera ampararse en la interpretación conjunta del orde-

obras o «expertos» que no indican titulación técnica alguna. En favor de la calificación por el Registrador de la competencia del técnico, se manifestarán HERNÁNDEZ DE MARCO y FERNÁNDEZ VERDUGO: *El artículo 37.2...*, cit.

⁵⁶ En este sentido, las SSTs de 27 de diciembre de 1989 y 10 de enero de 1990, citadas por BALLESTEROS FERNÁNDEZ, en ob. cit., p. 675, reiteran la competencia del Ayuntamiento para examinar la capacidad profesional del técnico autor del proyecto, sin que sea suficiente que el proyecto aparezca visado por el Colegio Profesional, ya que en el caso de no ser competente para un proyecto un determinado profesional, no resulta tampoco idóneo su Colegio para extender el visado.

⁵⁷ De acuerdo con la opinión manifestada, entre otros autores, por PRETEL SERRANO, en ob. cit., p. 2220.

⁵⁸ Como señala PRETEL SERRANO, en *La intervención del «técnico competente»...*, cit., p. 2220.

⁵⁹ Publicado en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 96, pp. 885-890.

namiento jurídico y de la relevancia que otorga a la Administración Local en la persecución de las infracciones urbanísticas. La aplicación futura de esta parece inviable, de acuerdo con el desarrollo del artículo 37.2 del TRLS de 1992 llevado a cabo en el artículo 50 de las NCRH, pero tampoco parece que con ello se cause gran perjuicio: bastará con que sea el Arquitecto municipal, y no el Secretario, quien certifique.

c6) *El artículo 49 de las NCRH y la intervención del técnico certificador*

El citado precepto trata de solventar los problemas planteados por el hecho de que la certificación tenga que redactarse y expedirse antes que la escritura en la cual constará la descripción de la obra. Su redacción acoge las acertadas soluciones apuntadas por la doctrina⁶⁰: en concreto, y junto a la posibilidad de que el técnico comparezca en el mismo acto del otorgamiento de la escritura, se prevén las siguientes alternativas:

- Que se incorpore a la matriz de la escritura o del acta de finalización de la obra certificación del técnico, con firma legitimada notarialmente y que contenga una descripción de la obra nueva coincidente con la del título.
- Que esa certificación, con firma legitimada notarialmente y cuyo contenido haga expresa referencia a la descripción de la obra objeto de la escritura o del acta, nombre del Notario autorizante, fecha del documento y número de protocolo, se presente con el carácter de documento complementario.

5. LAS NCRH Y LA INSCRIPCIÓN DE LAS TRANSFERENCIAS DE APROVECHAMIENTO URBANÍSTICO

A) CONSIDERACIONES INTRODUCTORIAS

a) LAS TAUS Y SUS ALTERNATIVAS

En primer lugar, hay que señalar que las transferencias de aprovechamientos urbanísticos (en lo sucesivo TAUS) es una técnica urbanística orientada a la obtención de terrenos dotacionales y a la equidistribución de beneficios y cargas cuando se actúa asistemáticamente en el suelo urbano, es decir, cuando la normal existencia de edificación consolidada en esta clase de suelo impide que la distribución equitativa se lleve a cabo mediante la delimitación de un polígono o unidad de ejecu-

⁶⁰ Principalmente las de PAREJO GÁMIR, en *Perspectivas notariales...*, cit., pp. 201-202, y, también, PRETEL SERRANO, en *La intervención del «técnico competente»...*, cit., p. 2118.

ción y la redistribución material entre los afectados de las parcelas resultantes de la actuación.

El fundamento de esta técnica reside en el deber contemplado por el artículo 20.1.a) del TRLS de 1992, incluido en el capítulo III del título I de la Ley, regulador del régimen aplicable al suelo urbano y urbanizable. Según el citado precepto⁶¹: «*La ejecución del planeamiento garantizará la distribución equitativa de los beneficios y cargas entre los afectados e implicará el cumplimiento de los siguientes deberes legales...* a) *Ceder los terrenos destinados a dotaciones públicas...*»⁶². Son, pues, un mecanismo para alcanzar, con cierto grado de equidad⁶³, en la actuación asistématica en suelo urbano consolidado.

Obviamente, quienes opinen que el suelo urbano tiene ya dotaciones suficientes y que es preciso incrementar las superficies destinadas a usos residenciales y terciarios, evitando, además, que toda esta regulación excesiva encarezca el producto final, rechazarán la técnica por consideraciones económico-filosóficas en las que no pretendemos entrar⁶⁴, si bien apuntaremos que tal vez deberíamos intentar la novedosa experiencia histórica de hacer cumplir esa regulación para ver cuáles son sus verdaderos efectos sobre el mercado del suelo.

Pero mientras la legislación urbanística imponga a todos los dueños de suelo urbano el deber de ceder los terrenos destinados a determinados usos dotacionales y de equidistribuir las plusvalías y las cargas urbanísti-

⁶¹ Considerado legislación básica por la disposición final única del TRLS de 1992 y no afectado, en el apartado que estamos tratando, por la STC 61/1997, de 20 de marzo.

⁶² Aunque el alcance de las dotaciones a ceder gratuitamente por los dueños de suelo urbano se incrementaron en virtud de la Ley 8/1990, desde la primera Ley del Suelo de 14 de mayo de 1956 –art. 67.3.a)–, pasando por la Ley de Reforma 19/1975 –art. 67.3.1.º, que pasaría luego al 83.3.1.º del TRLS de 1976–, el entendimiento de que los dueños de suelo urbano debían estar sometidos al deber de ceder gratuitamente el suelo destinado a determinados usos dotacionales ha sido una constante histórica.

⁶³ Pues, como se dice en la Exposición de Motivos de la Ley 8/1990, «no existe en nuestro derecho urbanístico vigente (ni en el histórico) un auténtico y pleno derecho a la equidistribución». Tampoco en el Derecho comparado, añadiríamos nosotros.

⁶⁴ Esta posición, puede calificarse de cualquier manera pero nunca de novedosa, ya que, siendo la que parece inspirar la actual política urbanística de Madrid fue defendida con alguna anticipación por ELLICKSON, en su obra «Alternativas to Zoning: Covenants, Nuisance Rules and Fines as Land Use Controls», publicada, con toda coherencia, en la *University of Chicago Law Review*, núm. 40, año 1973. El autor citado llega a defender la utilidad de una estricta aplicación de las reglas del mercado en este ámbito con el argumento de que cuando una determinada área presenta una excesiva densificación poblacional sus residentes perciben las desventajas consiguientes y se marchan a vivir a otro sitio.

Lógicamente, el autor comentado se olvida de especificar que se marchan los que pueden, mientras que otros, menos dotados económicamente, sustituyen a quienes «votan con los pies» en la ocupación de edificaciones infrahumanas.

Por volver a nuestra propia experiencia histórica, quizá no resulte inconveniente recordar que ya en la Exposición de Motivos de la Ley del Suelo de 1956 se apuntaba la necesidad de resolver el problema relativo a la imposibilidad de disponer de terrenos amplios para destinarlos a espacios libres en interés del embellecimiento y de las condiciones sanitarias de los núcleos urbanos, así como la imposibilidad de hacer que los propietarios de esta clase de suelo cumplieran efectivamente con unos deberes de cesión que, aun siendo más reducidos que los aplicados a los dueños de suelo urbanizable, siempre estuvieron legislativamente consagrados.

cas, resultará lógico que la Administración busque los medios para hacer efectivo el cumplimiento de esa obligación. En este sentido, el sistema para conseguirlo regulado por el TRLS de 1992, declarado inconstitucional por supletorio en la STC 61/1997, «resucitado» retroactivamente por algunas Leyes autonómicas, y reproducido en otras, es una técnica no tan compleja como se la quiere presentar a veces, y, desde luego, mucho más respetuosa con la seguridad jurídica y con el principio de igualdad que las alternativas utilizadas frecuentemente para conseguir que los propietarios de suelo urbano cumplan con los citados deberes. A título de simple ejemplo, y con el deseo de contribuir a un más correcto encuadramiento de las TAUS en el conjunto del ordenamiento jurídico, conviene señalar que sus alternativas son las siguientes:

1.^a *La expropiación de los terrenos con indemnización de su propietario*: parece el sistema más justo, pero al final no aparecen los recursos para pagar los correspondientes justiprecios, los terrenos no se llegan a expropiar, sino que se recalifican para usos lucrativos –normalmente vía convenio urbanístico–, y las dotaciones no se instalan en la medida prevista. La recuperación del justiprecio imponiendo contribuciones especiales a los propietarios especialmente beneficiados por la dotación a implantar en el suelo expropiado es una posibilidad que ha caído en el más completo desuso por los elevadísimos costes de gestión que se derivan de la fragmentación de la propiedad en el suelo urbano y la normal y numantina resistencia de los propietarios a pagar dotaciones que ya han sido instaladas⁶⁵.

2.^a *El convenio urbanístico en sus más variadas modalidades*: cada vez más floreciente en la legislación autonómica⁶⁶, mediante esta técnica convencional los solares se recalifican siempre que el propietario acepte costear determinados servicios o expropiaciones: lógicamente no hay nada más opuesto a la seguridad jurídica y al principio de igualdad que estos convenios, ya que pueden concertarse con unos propietarios mientras se opta por expropiar a otros, y, además, nunca podrá garantizarse que las condiciones impuestas para obtener una determinada edificabilidad sean similares con independencia de quien sea el propietario con quien se concierte el acuerdo.

3.^a *Otras versiones de las TAUS mucho menos respetuosas con la seguridad jurídica y con la igualdad de todos los propietarios de suelo urbano*: entre éstas podríamos citar la contemplada en el artícu-

⁶⁵ En las contribuciones especiales el desembolso se exige cuando normalmente la plusvalía derivada de la actuación urbanística ya ha sido obtenida, y entonces los propietarios se preguntan, como destacara BALLBE en sus «Comentarios sobre la Ley del Suelo», publicado en *Jornadas Municipalistas en las Islas Canarias*, Las Palmas, 1957, pp. 10-11: «si el beneficio ya se obtuvo, ¿para qué pagar?».

⁶⁶ Por ejemplo, artículos 140 a 142 de la Ley Foral navarra 10/1994, 74 a 77 de la Ley de la Comunidad de Madrid 9/1995, de 28 de marzo, de Medidas de Política Territorial, Suelo y Urbanismo, y disposición adicional sexta de la Ley 6/1994, de 15 de noviembre, de la Generalidad Valenciana, reguladora de la Actividad Urbanística.

lo 78 de la Ley Valenciana, según el cual «los Municipios podrán, por razones de interés público local, transmitir, directamente y en metálico, el excedente de aprovechamiento radicado sobre parcelas o solares urbanos, con motivo de la solicitud de licencia de edificación. Esta solicitud se acompañará de una oferta de venta al patrimonio municipal de suelo de la propia parcela o solar para la que se solicite licencia, por precio unitario que mejore el propuesto por el solicitante como valor de adquisición de aquel excedente. La solicitud hará constar la justificación de gastos habidos con motivo de la petición de licencia, incluidos los del proyecto técnico. La oferta de venta adjunta la suscribirá quien acredite la titularidad y capacidad civil para efectuarla. El Municipio podrá aceptar la oferta de venta pagando –por metro cuadrado de excedente de aprovechamiento– e indemnizándole, además, los gastos justificados que hubiera acreditado...». Sinceramente creemos que poco comentario merece la diferencia entre semejante texto y el derecho de adquirir a valor urbanístico el aprovechamiento necesario para agotar la edificabilidad de la parcela, que atribuye a los propietarios los artículos 195 del TRLS de 1992 y el 201 de la Ley Foral Navarra 10/1994, de 4 de julio.

b) ASPECTOS QUE ABORDAREMOS EN ESTE TRABAJO

Teniendo en cuenta la variada cantidad de cuestiones que las TAUS y su reflejo registral pueden plantear, que en su momento publicamos una obra monográfica en la cual se llevaba a cabo un extenso desarrollo de las mismas, y que en esa obra ya expusimos con algún detalle nuestra posición y la de los autores que se habían ocupado de abordar esas cuestiones⁶⁷, nuestra atención se limitará ahora al comentario de tres aspectos concretos de la regulación llevada a cabo por los artículos 33 a 42 de las NCRH –que son los dedicados al acceso registral de las TAUS–. Estos aspectos van a ser los relativos al acceso al Registro de la venta directa de aprovechamientos por la Administración, tratamiento de los derechos reales que afectan a las parcelas de las cuales el aprovechamiento procede y a las cuales se desplaza⁶⁸, y actividad fiscalizadora de la Administración en relación con las TAUS. En su exposición nos remitiremos de manera frecuente a nuestro trabajo monográfico, intentando evitar al mismo tiempo la reiteración y la ligereza.

⁶⁷ Se trata, concretamente, de la monografía *El aprovechamiento urbanístico transferible*, Madrid, 1995.

⁶⁸ Aun cuando este modo de expresarse no deja de ser una sencilla parábola desmentida por la imposibilidad de oponer la posición jurídica del titular del aprovechamiento transferible a cualquier otro sujeto distinto de la Administración, dada la imposibilidad de concretar ese derecho sobre la parcela en virtud de cuya titularidad se atribuye a su dueño ni sobre ninguna otra concreta y determinada –como destacamos en nuestro trabajo *El aprovechamiento...*, cit., pp. 311-335.

B) LAS VENTAS DIRECTAS DE APROVECHAMIENTOS POR LA ADMINISTRACIÓN EN LAS NCRH

a) REGULACIÓN LLEVADA A CABO POR LAS NCRH

El precepto fundamental acerca del reflejo registral de estas operaciones es el artículo 41 de las NCRH⁶⁹, de conformidad con el cual «*sin perjuicio del cumplimiento de las reglas de disposición de sus bienes, en las transferencias que realice la Administración respecto de aprovechamientos inscritos a su favor en folio independiente se observarán las siguientes reglas:*

1.^a *Será título suficiente para la inscripción en el Registro de la Propiedad la certificación administrativa del acuerdo de transferencia o la escritura pública notarial, acompañada, en cada caso, de la certificación del asiento practicado en el Registro Municipal de Transferencias de Aprovechamiento, en el que consten las circunstancias a que se refiere el artículo 2 de este Reglamento.*

2.^a *La inscripción se practicará en el folio correspondiente a la finca cuyo aprovechamiento acrece y dará lugar a la cancelación del folio independiente abierto al mismo, conforme a lo dispuesto en el artículo anterior. En el asiento de cancelación se harán constar los datos registrales correspondientes a la finca de destino. Cuando la transmisión tuviere por objeto solamente una parte del aprovechamiento inscrito en un solo folio, se tomará en el mismo nota marginal en la que constarán las unidades de aprovechamiento transmitidas, las unidades que subsisten inscritas a favor de la Administración y los datos registrales correspondientes a la finca de destino de las unidades transmitidas».*

b) LA APERTURA DE FOLIO AL APROVECHAMIENTO TRANSFERIBLE ADQUIRIDO POR LA ADMINISTRACIÓN

La constancia de las unidades de aprovechamiento que vaya adquiriendo la Administración en un folio registral abierto expresamente plantea un importante inconveniente: como regla general, la finca registral, es decir, lo que abre folio en el Registro, ha de coincidir con una finca en sentido material, es decir, con una porción de la superficie terrestre acotada por una línea poligonal cerrada, y cuya extensión en sentido vertical, al menos hasta un cierto espesor, conforma un único objeto en el tráfico jurídico⁷⁰. Sabemos que la Ley lo puede todo menos convertir a una

⁶⁹ Aun cuando los artículos 39 y 40 guarden también directa relación con el tema planteado y la regulación de las llamadas «transferencias coactivas de aprovechamientos», contenida en el artículo 38, presente también cierta proximidad, al ser consecuencia lógica y directa de los mismos principios contemplados en aquéllos.

⁷⁰ Como es sabido, la extensión de ese «cierto espesor» hacia arriba y hacia abajo se ha ido modulando desde la extensión ilimitada cuya proclamación se atribuye a los posglosadores, hasta su posterior determinación de acuerdo con conceptos jurídicos indeter-

mujer en hombre –porque quizá ya esté a su alcance el convertir a un hombre en mujer–, y que ese poder del legislador implica la apertura de folio a objetos de derecho que no necesariamente se corresponden con ese concepto de finca en sentido material, pero esos supuestos –contemplados principalmente en el artículo 8 de la Ley Hipotecaria, aunque también en el artículo 44 del Reglamento Hipotecario– deberían considerarse como excepciones a la regla general, y como tales no susceptibles de extensión a otros supuestos, ni siquiera cuando sean análogos ⁷¹.

Decimos esto porque el único apoyo legal de la previsión contenida en el artículo 41 de las NCRH, acerca de la apertura de folio independiente al aprovechamiento perteneciente a la Administración, viene constituido por el artículo 203.6 del TRLS de 1992 ⁷², que establece la apertura de folio independiente al aprovechamiento correspondiente a los terrenos que son objeto de ocupación directa ⁷³. Sin embargo, este aprovechamiento que abre folio tiene unas características tan radicalmente diferentes del aprovechamiento que constituye el objeto de una TAU, que la imposible aplicación analógica no podría ni siquiera plantearse.

Y es que, en efecto, entre el derecho del propietario de un terreno que ha sido objeto de ocupación directa y el que corresponde al titular de una parcela con exceso de aprovechamiento apropiable sobre ese exceso sólo existe una similitud: la de cuantificarse en unas unidades de medida convencionales que han dado en denominarse aprovechamientos urbanísticos. Porque el aprovechamiento urbanístico, sin más precisión, no es más que eso: medida cuantitativa de un derecho cuya naturaleza sólo puede determinarse por la situación de poder jurídico que atribuye a su titular.

Así como el litro es la medida de un líquido pero nada nos dice acerca de la cualidad de éste, no será igual ostentar el derecho a 100 metros cuadrados de aprovechamiento urbanístico en tanto titular de un terreno en el cual se va a actuar por expropiación, que tener esa misma cuantía de aprovechamiento como titular de un solar edificable cuyo aprovechamiento materializable son 100 metros cuadrados: en los dos casos tenemos derecho a un aprovechamiento urbanístico de 100 metros cuadrados, pero

minados, tales como las exigencias del uso ordenado y regular de la finca (Werenberg), la efectiva satisfacción del interés práctico del propietario (Ihering) o lo que las fuerzas o facultades humanas y la naturaleza de los objetos reclame (Hesse). Para el más detallado análisis del tema resulta imprescindible remitirse al clásico trabajo de JERÓNIMO GONZÁLEZ: «Extensión del derecho de propiedad en sentido vertical», publicado en la *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 1, 1925.

⁷¹ De acuerdo con el artículo 4.2 del Código Civil.

⁷² Considerado legislación básica por la disposición final única del citado texto legal y no afectado por la STC 61/1997, de 20 de marzo.

⁷³ Concretamente, el citado precepto establece que «simultáneamente a la inscripción a que se refiere el número anterior, se abrirá folio registral independiente al aprovechamiento urbanístico correspondiente a la finca ocupada según la certificación, y a dicho folio se trasladarán las inscripciones de dominio y demás derechos reales vigentes sobre la finca con anterioridad a la ocupación». La inscripción referida al comienzo del párrafo sexto del citado artículo es la de la finca ocupada a nombre de la Administración.

mientras que en el primero esa medida opera como medida convencional del equivalente económico que la Administración ha de satisfacer, en el segundo es delimitación del derecho a edificar en el solar.

El dueño de suelo destinado a sistemas generales o dotaciones locales que ha sido objeto de ocupación directa tiene el derecho a incorporarse en una unidad de ejecución concreta sometida a reparcelación⁷⁴, en igualdad de derechos frente a los demás propietarios de esa unidad de ejecución, pese a que éstos lo sean de terrenos incluidos en la misma. La medida de su aprovechamiento se satisfará, como la de los demás propietarios, mediante la adjudicación de las parcelas de resultado que le correspondan en atención a su aprovechamiento. Su derecho a intervenir en las actuaciones orientadas a constituir la Junta de Compensación, o en las votaciones de dicho órgano, así como su deber de contribuir a la realización de la obra urbanizadora, es idéntico al de los restantes propietarios⁷⁵. En otras palabras: la situación de estos propietarios sólo difiere de la de los restantes miembros de esa especial comunidad formada por los afectados por el Plan que se está ejecutando⁷⁶ en la carencia de una situación posesoria que tampoco ostentarán los demás propietarios cuando la Junta o la Administración ocupe sus terrenos para ejecutar materialmente las obras de urbanización.

La apertura de folio, en este caso, se orienta a salvar una situación meramente transitoria: la que se da en el tiempo que ha de mediar entre la ocupación del suelo dotacional y la adjudicación de una parcela de resultado en favor del dueño del suelo ocupado, como consecuencia de la aprobación del expediente equidistributivo que corresponda –reparcelación o compensación–, adjudicación que, además, lo será de una parcela situada en la unidad de ejecución donde el «ocupado» va a satisfacer su derecho.

Durante la vigencia del texto refundido de 1976 también existía la posibilidad de ocupar directamente los terrenos destinados a la instalación de sistemas generales, pero la misma situación interina a que ahora estamos aludiendo se regulaba por el Reglamento de Gestión Urbanística haciendo constar la ocupación mediante nota marginal y dejando vigente la inscripción de propiedad a nombre del «ocupado», que podía hacer constar en el mismo folio las unidades de aprovechamiento que le correspondían. Fue la Ley 8/1990, de 20 de julio, la que vino a establecer, en

⁷⁴ Así se deduce, con toda claridad, del artículo 203.2 del TRLS de 1992, así como del apartado 3, regla segunda, apartado c) del propio texto legal.

⁷⁵ El artículo 159.2 del Reglamento de Gestión Urbanística impone computar las superficies ocupadas a propietarios de suelo exterior al polígono, que hayan de hacer efectivos sus derechos en el mismo, a efectos de determinar la concurrencia del 60 por 100 de superficie exigida para la constitución del sistema. El artículo 163.3 del propio texto establece el derecho a formar parte de la Junta de Compensación de los propietarios de suelo destinados a sistemas generales, cuando sus derechos hayan de hacerse efectivos en el polígono objeto de actuación por este sistema.

⁷⁶ Y aludida por Díez-PICAZO, en «Los procesos de urbanización y el marco del derecho de propiedad», Boletín del Colegio Nacional de Registradores, año 1973.

su artículo 59, el nuevo mecanismo que luego habría de pasar al artículo 203 del TRLS de 1992, principalmente para clarificar mediante una norma con el rango legal suficiente para crear fincas registrales especiales, una situación que podía inducir a error a los terceros, incapaces de saber si adquirirían una parcela o un derecho a incorporarse en determinada unidad de ejecución.

Si pasamos ahora al concreto poder que se atribuye al titular de una parcela con edificabilidad real nula o inferior al aprovechamiento apropiable situada en suelo urbano y que no ha sido objeto de ocupación directa, es decir, el poder jurídico que se otorga al titular de una cantidad de aprovechamiento llamado a ser transferido, y si no nos detenemos en una global calificación de «aprovechamiento urbanístico» que está haciendo auténticos estragos entre autores proclives a admitir la existencia de semejante unidad de medida como si fuera un derecho, nos damos cuenta de que ese poder no consiste en modo alguno en ser adjudicatario de una parcela donde poder materializar el aprovechamiento que no puede edificar en la suya: sólo vincula a la Administración, que habrá de expropiar la correspondiente cantidad de aprovechamiento no materializable, en el caso de que su titular no pueda transmitirlo a otro propietario. ¿Dónde está la similitud que permitiría extender analógicamente la norma establecida en un texto de rango legal para el aprovechamiento de los terrenos objeto de ocupación directa al aprovechamiento que es objeto de una TAU?, podríamos preguntarnos, ¿o es que acaso cambia la naturaleza de este aprovechamiento por el hecho de que su titular sea la Administración? ⁷⁷.

De todos modos, éste no es el único caso en el cual se admite por las NCRH que un derecho de naturaleza crediticia abra folio: el aprovechamiento representativo de una futura línea en formación que el Ayuntamiento ha de entregar –contemplado en el artículo 44 de las NCRH– es otro peculiar caso de estralimitación reglamentaria.

c) LA VENTA DIRECTA DE APROVECHAMIENTOS GENÉRICOS POR PARTE DE LA ADMINISTRACIÓN NO PUEDE ACCEDER AL REGISTRO DE LA PROPIEDAD

De la lectura del artículo 41 de las NCRH se deduce, con toda claridad, que sólo accederá al Registro de la Propiedad la venta directa de aprovechamientos por la Administración cuando el objeto de esa venta sea un

⁷⁷ Las pp. 259 a 353 de *El aprovechamiento transferible*, cit., se dedican a precisar las cualidades de este derecho, a partir de la regulación de las TAUS que llevaba a cabo el TRLS de 1992. Nuestra perspectiva siguió el camino opuesto al seguido por cuantos autores se citan en dicha obra, y que parten de una consideración que no dudamos en calificar como apriorística –aunque sea desde el respeto que nos merecen y desde la gratitud que les expresamos por su siempre clarificadoras aportaciones–: la univocidad del concepto de aprovechamiento urbanístico y su ubicación entre los derechos reales de trascendencia inmobiliaria a todos los efectos.

aprovechamiento concreto y previamente inscrito a favor de aquélla. Esto implica la necesidad de que ese aprovechamiento proceda de una parcela determinada con exceso de aprovechamiento respecto al efectivamente materializable según el Plan⁷⁸. La solución parece plenamente correcta desde la perspectiva del principio de especialidad vigente en Derecho hipotecario y de la consideración del aprovechamiento transferible como un derecho real de naturaleza inmobiliaria. Pero quien mantenga esa forma de configurar las ventas directas como la única conforme con el ordenamiento jurídico, habrá llevado a cabo una interpretación abrogatoria del sistema de TAUS establecido por el legislador, porque *simplemente es imposible que las TAUS puedan funcionar de este modo sin paralizar la ejecución del Plan o suponer la ruina económica para la Administración*.

Ello será así en tanto el respeto de las situaciones consolidadas al amparo de planeamientos anteriores –por no mencionar la naturaleza indemnizatoria por la desigual distribución de la edificabilidad que nosotros defendemos para el aprovechamiento transferible⁷⁹–, imponga la existencia de una norma como la contemplada en el artículo 99.1 del TRLS de 1992, según la cual «*la aplicación efectiva del aprovechamiento-tipo correspondiente... y de las transferencias de aprovechamientos vinculadas a éste, tendrá lugar, en los terrenos ya edificados... cuando se proceda a sustituir la edificación existente*». En similares términos se manifiestan las Leyes 20/1997 de Madrid –artículo 2.7–, 5/1997 de Castilla-La Mancha –artículo 24–, 3/1997 del País Vasco –Disposición Adicional Única– y 1/1997 de Galicia –artículo 87.2–.

Incluso nos atreveríamos a decir que una cláusula semejante ni siquiera habría de constar de forma expresa, habiendo de entenderse que es un requisito implícito en el propio mecanismo de gestión del suelo urbano que las TAUS representan: porque, en tanto sistema vinculado a la ejecución del Plan, si no existe actividad edificatoria no hay ejecución del Plan, y, por lo tanto, la consecuencia lógica será que tampoco es posible transferir aprovechamiento alguno⁸⁰. La cláusula a que nos estamos

⁷⁸ Así se deduce de lo dispuesto en el artículo 40 de las NCRH, regulador de la inscripción de aprovechamientos correspondientes a la Administración, al disponerse en su párrafo núm. 2 que «en el folio abierto al aprovechamiento deberán constar, en todo caso, los datos registrales de la finca de que procede el aprovechamiento y, en el caso de que proceda de varias, las unidades correspondientes a cada finca de origen».

⁷⁹ Y que claramente se deduce de los ejemplos de derecho comparado en los cuales se establece un sistema similar, como expusimos con el debido detalle en nuestro trabajo *El aprovechamiento urbanístico transferible*, cit.

⁸⁰ Este entendimiento permite salvar el olvido de los redactores de la Ley Foral 10/1994, de 4 de julio, que quizá confiando en el Derecho supletorio estatal no transcribió el artículo 99 del TRLS de 1992 entre los preceptos dedicados al cálculo del aprovechamiento-tipo y a la delimitación de áreas de reparto (arts. 100 a 104 de la norma autonómica y 94 a 100 del TRLS de 1992).

En cuanto a la posibilidad de entender que la sustitución de la edificación no es un requisito para transferir el exceso de aprovechamiento apropiable, *vid.* LASO MARTÍNEZ y LASO BAEZA, en *El aprovechamiento urbanístico*, Madrid, 1995. Para una más completa visión crítica de la posición de los citados autores en relación con el tema que nos ocupa, *vid.* nuestro trabajo *El aprovechamiento transferible*, cit., especialmente nota a pie de la p. 282.

refiriendo es, además, imprescindible para evitar el absurdo caos derivado de una regulación que convirtiera a todos y cada uno de los solares existentes en suelo urbano, tanto si se encuentran edificados como si no lo están, en adquirentes o transmitentes de aprovechamientos cada vez que se aprueba un nuevo plan de urbanismo.

Ahora bien, junto a todas esas virtudes, la imposibilidad de transferir aprovechamientos o la innecesariedad de adquirirlos mientras no se sustituyan las construcciones en los terrenos ya edificados, tiene una consecuencia indeseable: la de hacer perfectamente posible que en un momento determinado de la ejecución del Plan no exista ninguna parcela concreta en situación de transferir aprovechamientos, ni a la Administración ni a otro particular.

Siendo evidente, y, matemáticamente demostrable además, que esta situación puede darse, especialmente si el área de reparto incluye parcelas edificables con aprovechamiento lucrativo real pero inferior al apropiable, y habiéndonos ocupado ya de suministrar todo tipo de ejemplos acerca de tal posibilidad⁸¹, nos atrevemos a afirmar aún más: la escasez o inexistencia de oferta de aprovechamientos en alguna fase de ejecución del Plan no sólo es algo posible, ni tan siquiera probable, sino que es un elemento consustancial a la puesta en práctica de un sistema de gestión del suelo urbano basado en las TAUS. Y existen dos motivos que nos inducen a hacer una afirmación que sólo a primera vista puede parecer atrevida:

a) Sin tener facultades adivinatorias resulta imposible que la Administración prevea el ritmo de sustitución de las edificaciones en las parcelas oferentes y demandantes de aprovechamientos hasta el extremo de que pueda planificar de manera que en cada instante de la ejecución del Plan la oferta de aprovechamientos coincida con la demanda.

b) Teniendo en cuenta lo anterior, y si consideramos además que todos los excesos de aprovechamiento apropiable en relación con el materializable de las parcelas cuyos propietarios sustituyan la edificación o edifiquen durante la vigencia del Plan, debe ser expropiado por la Administración en los términos establecidos por los artículos 188.2 y 3 del TRLS de 1992⁸², para garantizar la situación jurídica de los corres-

⁸¹ Como supuesto práctico de esta posibilidad, *vid.* la nota a pie de la p. 284 de *El aprovechamiento transferible*, cit.

⁸² Declarado nulo por la STC 61/1997, de 20 de marzo, sólo por haber sido calificado como derecho supletorio por el legislador ordinario, sin entrar a analizar la posibilidad de que la garantía expropiatoria contemplada pudiera ampararse en la competencia exclusiva estatal sobre legislación expropiatoria –contemplada en el art. 149.1.18 de la Constitución Española–. Curiosamente, esa misma garantía expropiatoria, establecida en relación con los terrenos destinados a dotaciones locales y sistemas generales en el art. 202, apartados 1 a 4, del TRLS, considerado de aplicación plena por la disposición final única del propio texto legal, fue estimada conforme con la Constitución por la misma Sentencia citada. Este gravísimo problema de la STC 61/1997: declarar la nulidad de todos los preceptos que el TRLS de 1992 calificaba como Derecho supletorio sin entrar a analizar si tal calificación era o no correcta, como si el legislador ordinario pudiera alterar por esta vía la distribución competencial operada por la Constitución, concurre no sólo en relación con el precepto del cual ahora nos estamos ocupando, sino con muchos otros del texto refundido.

pondientes propietarios⁸³, resultará que el más elemental criterio de «prudencia presupuestaria» parece aconsejar que la Administración planifique con tendencia hacia la escasez relativa de oferta. Porque así no se verá abocada al desastre económico si la sustitución de la edificación en las parcelas con exceso de aprovechamiento real respecto al apropiable resulta ser más lento de lo esperado, obligándole a indemnizar muchos aprovechamientos que no podrán ser «colocados» en las parcelas con exceso de aprovechamiento materializable.

Ante tan evidente argumentación, pueden defenderse tres alternativas:

– La primera será la de quienes están convencidos de que tanta regulación no hace sino encarecer la vivienda y de que en la ciudad ya existen dotaciones de sobra. Si las TAUS sólo pueden funcionar permitiendo que la Administración venda aprovechamientos antes de adquirirlos, lo mejor es que las TAUS no se apliquen.

– La segunda, más respetuosa con el derecho vigente y con una aplicación de las normas que no conduzca a su derogación en la práctica, consistiría en insistir en que la Administración no pueda transmitir aprovechamientos que previamente no ha adquirido, pero asumiendo que, ante los eventuales estrangulamientos de la oferta, la edificación de las parcelas con exceso de aprovechamiento real se limite, si ello es posible, a la cuantía del aprovechamiento apropiable por sus titulares, y, si esa limitación no es posible, que la edificación se paralice hasta que se sustituya la edificación en alguna parcela con aprovechamiento apropiable superior al materializable⁸⁴.

– La tercera consiste, obviamente, en admitir que la Administración transmita aprovechamientos «anticipadamente» y a cargo de los que pueda adquirir cuando sus titulares sustituyan la edificación.

La primera alternativa nos parece carente de contenido jurídico. La segunda solución resulta inasumible por el grave perjuicio ocasionado al interés público –consistente en que toda la edificación posible se materialice, para incrementar la oferta de edificaciones–, y a los mismos propietarios de parcelas con exceso de aprovechamiento real en relación con el apropiable. Por lo tanto, sólo nos parece lógico defender la última alternativa planteada, es decir, la consistente en admitir que la Administración venda aprovechamientos aún no adquiridos, e incluso que nunca adquirirá, si al modificarse el Plan y como consecuencia de la evolución

⁸³ Artículo 194.2 de la Ley Foral Navarra 10/1994, artículo 3.3 de la Ley 20/1997 de Madrid, artículo 49.3 de la Ley 5/1997 de Castilla-La Mancha.

⁸⁴ La posibilidad de que la edificación pueda limitarse al aprovechamiento apropiable dependerá de que la normativa urbanística establezca o no unas condiciones mínimas de volumen o altura para determinadas áreas y de que esas condiciones puedan cumplirse o no sin adquirir aprovechamientos. En este sentido se expresa el artículo 191 del TRLS de 1992, declarado inconstitucional por supletorio según la STC 61/1997 y el artículo 197 de la Ley Foral Navarra 10/1994, de 4 de julio.

de la edificación en las parcelas «oferentes» y «demandantes» de aprovechamientos, se produjera un déficit de éstos⁸⁵.

Naturalmente esta solución implica un riesgo que no parece haber escapado a los redactores de las NCRH, y que tampoco escapa a nadie que se aproxime a las TAUS con auténtica vocación científica: el de que la Administración se exceda en su «prudencia presupuestaria», concentrando elevados aprovechamientos reales en los solares sin edificaciones o con edificaciones ruinosas e incluyendo esos solares en áreas de reparto no homogéneas y que incluyan viviendas unifamiliares de muy reciente edificación⁸⁶. Planificando así, sólo se sustituirá la edificación en las parcelas con exceso de aprovechamiento real, mientras que no existirán prácticamente parcelas con aprovechamiento real inferior al materializable que vayan a sustituir la edificación durante la vigencia de ese Plan —recuérdese que las viviendas de baja edificabilidad real son recientes—.

Por si fuera poco, la inclusión de esas parcelas, recientemente edificadas y con bajo aprovechamiento real, produce otro efecto beneficioso para la voracidad recaudatoria de la Administración: su baja relación aprovechamiento-superficie reduce la cuantía del aprovechamiento—tipo del área de reparto, y, por lo tanto, incrementa la diferencia entre esta magnitud y el aprovechamiento real de los solares que van a ser edificados. Este efecto aumenta consiguientemente la cantidad de aprovechamientos que sus propietarios han de comprar al único oferente: la Administración.

Como resultado de ambos factores se obtiene que la Administración está planificando no ya con un criterio de prudencia, sino con la deliberada intención de obtener ingresos con la venta directa sin tener que destinarlos a indemnizar a nadie⁸⁷. Ahora bien, siendo clara esta posibilidad de fraude, también nos parece indudable que su evitación ha de procurarse mediante la formulación de alegaciones a lo largo de la tramitación del Plan que delimite así las áreas de reparto, o bien mediante la impugnación del mismo ante los tribunales configuradores de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, ¿o acaso estamos dispuestos a admitir,

⁸⁵ Porque, en definitiva, el aprovechamiento no es un derecho real sobre bienes inmuebles, sino un crédito o una deuda que se ostenta en relación con los demás propietarios por la diferente atribución de la edificabilidad real, pero cuya personificación ostenta la Administración. Sobre esta configuración del aprovechamiento objeto de una TAU, *vid. El aprovechamiento transferible*, cit., pp. 332-336.

⁸⁶ A la posibilidad de fraude aludimos con mayor detalle en las pp. 296 a 300 de nuestro reiterado trabajo *El aprovechamiento transferible*.

⁸⁷ Incluso en este caso la Administración tiene un límite: la demanda total de aprovechamientos procedente de las parcelas con exceso de aprovechamiento materializable. Es mucho más seguro el mecanismo que la expedición de títulos negociables que representan aprovechamientos ficticios y que, finalmente, han de ser indemnizados al endosatario, constituyendo verdaderos títulos de deuda municipal, posibilidad que, curiosamente, ha parecido merecedora de un tratamiento registral mucho más favorable: ese aprovechamiento representativo de una futura parcela —crédito consistente en que la administración de una superficie inconcreta de suelo y siempre de dudoso cobro— abre folio según el ya mencionado artículo 44 de las NCRH.

hasta sus últimas consecuencias, el razonamiento de que cualquier mecanismo jurídico potencialmente fraudulento ha de eliminarse del ordenamiento? ⁸⁸.

d) INNECESARIEDAD DE QUE LAS VENTAS DIRECTAS DE APROVECHAMIENTOS ACCEDAN AL REGISTRO DE LA PROPIEDAD

Como vimos con anterioridad, la regulación de las NCRH impone que el aprovechamiento transferido por la Administración a través de las ventas directas sea un aprovechamiento concreto, procedente de una parcela concreta, e inscrito previamente en folio *ad hoc*. Pero dada la naturaleza de las NCRH, hay que entender todas esas exigencias simplemente como requisitos para que las ventas directas puedan ser inscritas en el Registro de la Propiedad, inscripción que, tratándose de esta clase de TAUS, no plantea el mismo interés que cuando nos encontramos ante la compra directa de aprovechamientos por la Administración —situación contraria a la venta directa—, o ante una TAU celebrada entre particulares. Y esta excepción a la normal trascendencia del acceso al Registro de la Propiedad de las TAUS la justificamos en los motivos siguientes:

1.º Al no poder considerarse que la inscripción de las TAUS en el Registro de la Propiedad tenga carácter constitutivo, y tampoco que pueda predicarse de la misma ninguna clase de obligatoriedad, como ya fundamentamos reiteradamente en otras ocasiones ⁸⁹, la venta directa será perfectamente válida y eficaz sin necesidad de este trámite. Al menos, entre el comprador del aprovechamiento y la Administración.

2.º El aprovechamiento adquirido no puede ser transmitido nuevamente con independencia de la parcela a la cual se incorpora, ya que al menos así se deduce claramente de la regulación contenida en el TRLS

⁸⁸ Acerca del otro inconveniente que puede derivarse de aceptar que la Administración venda aprovechamientos no adquiridos previamente: el de que bloquee el mercado de los propietarios de parcelas con exceso de aprovechamiento apropiable que ya estén en disposición de poder transferirlo, y resumiendo al máximo los argumentos expuestos en *El aprovechamiento transferible*, ob. cit., pp. 301 a 309, podemos decir que:

1.º Estos propietarios siempre tendrán un mercado si acceden a vender por debajo del valor urbanístico del aprovechamiento —que es el precio al cual ha de vender la Administración—, de manera que a los potenciales adquirentes les compense el mayor riesgo derivado de adquirir a un particular.

2.º Si antes de la regulación de las TAUS no se discutió la constitucionalidad de las normas que condenaban al dueño de suelo calificado como dotacional, y que, por lo tanto, no puede edificar nada en absoluto, a esperar que la Administración le expropiara, o a iniciar el expediente de justiprecio en términos menos favorables que los establecidos hoy para instar la expropiación del exceso de aprovechamiento no materializable, menos difícil parece justificar la conformidad constitucional de la situación del dueño de un exceso de aprovechamiento apropiable que puede edificar algo en su parcela.

⁸⁹ En *El aprovechamiento transferible*, pp. 367-373, donde se contiene una compleja panorámica en relación con las posiciones doctrinales sobre el particular que resulta imposible resumir ahora con la necesaria rigurosidad.

de 1992, en la Ley Foral Navarra 10/1994 y en la Ley 5/1997 de Castilla-La Mancha⁹⁰. Por otro lado, la posibilidad de que cualquier demandante pueda comprar a la Administración el aprovechamiento necesario para agotar la edificabilidad de su parcela, pagándolo de acuerdo con valoraciones objetivas, convierte al aprovechamiento transferible en un bien muy poco propicio para atraer a los especuladores⁹¹. Puestas así las cosas, el aprovechamiento adquirido sólo tiene como sujeto pasivo a la Administración, limitándose su utilidad a conferir al adquirente el derecho a obtener la oportuna licencia para materializarlo en la parcela «receptora», que, recordémoslo, ya era suya: ¿resulta imaginable entonces que la Administración se niegue a reconocer al propietario de la parcela como titular de un aprovechamiento que ella misma le vendió? Sinceramente creemos que no: la protección puede necesitarla la Administración cuando compra directamente a un particular⁹² y también, evidentemente, un particular que compre a otro el aprovechamiento transferible de una parcela concreta y determinada⁹³, pero nunca el particular que compra precisamente al sujeto público llamado a satisfacer la utilidad que el aprovechamiento adquirido representa.

3.º La falta de inscripción de la venta directa tampoco podría conllevar la negativa del Registrador a inscribir lo que de verdad interesa inscribir a todo adquirente de aprovechamientos, es decir, la declaración de obra nueva en construcción. Por los siguientes motivos:

a) Porque para esa inscripción sólo se necesita cumplimentar los requisitos establecidos por el artículo 37.2 del TRLS de 1992, desarrollados en los artículos 45 a 55 de las NCRH, y en modo alguno, acreditar la titularidad de los aprovechamientos precisos para materializar la obra declarada.

⁹⁰ Así se deduce de lo dispuesto en los artículos 187 y 188 del TRLS de 1992, 193 y 194 de la Ley Foral Navarra 10/1994 y 48 y 49 de la Ley de Castilla-La Mancha 5/1997. Para un mayor detenimiento en la defensa de esta restricción al tráfico de aprovechamientos, *vid. El aprovechamiento transferible*, cit., principalmente en pp. 338-340.

⁹¹ Sólo cabría especular sobre el alza de las valoraciones catastrales, que constituye la base del valor del aprovechamiento. Pero es obvio el escaso atractivo de semejante inversión.

⁹² Para evitar, por ejemplo, la venta a la Administración del exceso de aprovechamiento apropiable sobre el materializable, y a otro sujeto de la parcela «transmisora», de modo que ese otro sujeto pueda pretender ser un tercer adquirente protegido por la fe pública en relación con el aprovechamiento previamente comprado por la Administración.

En el caso de que el aprovechamiento comprado por la Administración sea el correspondiente a una parcela dotacional, la necesidad de que la compra directa sea inscrita es aún mayor, porque la TAU es el soporte de la adscripción de la parcela a la Administración para la implantación del uso correspondiente. De todos modos, para un completo desarrollo de estas cuestiones, se recomienda la consulta de nuestro reiterado trabajo *El aprovechamiento transferible*.

⁹³ Para evitar que luego el que vendió el aprovechamiento venda la parcela o ese mismo aprovechamiento a un tercero que alegue frente a la Administración tener un mejor derecho a ese aprovechamiento por aplicación de la fe pública registral. Para una exposición más detallada de estos supuestos remitimos al lector a nuestra monografía *El aprovechamiento transferible*.

b) Porque la comprobación de la pertenencia de esos aprovechamientos se atribuye expresamente por el legislador a la Administración, en el trámite de concesión de licencia, y no puede ser calificada por el Registrador⁹⁴.

c) Porque además, y como dispone el artículo 41 del TRLS de 1992, la carencia de los aprovechamientos necesarios para materializar la obra declarada, cuando existe licencia para ello, sólo conlleva la obligación de que el titular o sus causahabientes abonen a la Administración el valor urbanístico de dicho exceso, pero no supone vicio de legalidad alguno en relación con la edificación declarada y, por lo tanto, no puede nunca motivar el rechazo del Registrador a inscribir la declaración de obra nueva⁹⁵.

e) CONSECUENCIA LÓGICA DE LOS DOS FACTORES ÚLTIMAMENTE CITADOS:
LAS VENTAS DIRECTAS NO ACCEDERÁN, EN SU MAYOR PARTE,
AL REGISTRO DE LA PROPIEDAD

A nuestro juicio, la conclusión citada parece absolutamente evidente. Pero ello no significa, en modo alguno, que la regulación de las NCRH nos parezca poco acertada: simplemente puede entenderse como estricta aplicación del principio de especialidad en la definición de los derechos –sean reales o de crédito– establecidos por la Ley Hipotecaria para el acceso de los mismos al Registro de la Propiedad, y que, obviamente, no puede cumplir la venta directa de un aprovechamiento que la Administración aún no adquirió, al no saberse la concreta parcela a la cual corresponderá hasta que se verifique la futura expropiación o compra.

Entendida así la previsión contenida en las NCRH, y teniendo en cuenta que a los redactores del citado texto no les ha podido pasar por alto la escasa aportación que puede derivarse de la inscripción registral en relación con las ventas directas efectuadas por la Administración, la solución normativa nos parece correcta: las ventas directas son perfectamente válidas y pueden cumplir su función de evitar la paralización del proceso edificatorio sin necesidad de que accedan al Registro de la Pro-

⁹⁴ Artículos 242.4 del TRLS de 1992 y 222.2 de la Ley Foral Navarra 10/1994, de 4 de julio, de Ordenación del Territorio y Urbanismo.

⁹⁵ Concretamente el citado precepto, considerado legislación básica y no afectado por la STC 61/1997, de 20 de marzo, establece que: «1. Si la edificación materializada y amparada en licencia fuera conforme con la ordenación urbanística, pero excediera de la correspondiente al aprovechamiento urbanístico a que tiene derecho su titular y no hubiera transcurrido desde su terminación el plazo que establezca la legislación urbanística aplicable o, en su defecto, el de cuatro años, el titular o sus causahabientes deberán abonar a la Administración el valor urbanístico de dicho exceso. 2. Sólo quedarán excluidos de la obligación establecida en el número anterior los terceros adquirentes de buena fe amparados por la protección registral, sin perjuicio de que, en estos casos, la Administración pueda reclamar el pago al propietario inicial de la edificación u otras personas que le hayan sucedido». Acerca de la importancia de este precepto para la interpretación del sistema de TAUS contemplado por el TRLS de 1992, *vid. El aprovechamiento transferible*, cit., pp. 292-293, 431-434 y 439-440.

iedad. Así, la inscripción de las TAUS puede reservarse para los supuestos en que lo transferido es un aprovechamiento concreto y determinado, porque en tales casos puede producirse una colisión entre varios adquirentes de un mismo aprovechamiento –evento imposible por definición cuando lo transferido es un aprovechamiento genérico– y porque es entonces cuando la aplicación de los principios hipotecarios resultará imprescindible para resolver el conflicto planteado.

C) LOS DERECHOS REALES EXISTENTES SOBRE
LAS PARCELAS AFECTADAS POR UNA TAU
Y EL CONSENTIMIENTO DE LOS TITULARES DE CARGAS

a) REGULACIÓN LLEVADA A CABO POR LAS NCRH

Estas cuestiones se encuentran contempladas principalmente en los artículos 34 –apartados números 3 y 4– y 35 de las NCRH.

En el primero de los citados preceptos, al referirse a las circunstancias que han de constar en el título y en los asientos relativos al reflejo registral de las TAUS, se incluyen los siguientes aspectos:

«3. *Determinación de los derechos inscritos de las fincas de origen y destino que no queden afectados por la transmisión o distribución de aprovechamientos.*

4. *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.»*

Por su parte, el artículo 35 de las NCRH establece que «*a efectos de su inscripción en el Registro de la Propiedad, en la transferencia de aprovechamiento deberán consentir los titulares dominicales y de cualquier otro derecho o carga inscrito sobre la finca de origen y la de destino. Cuando la carga o gravamen cuyo traslado se pretende en virtud del convenio haya sido anotada en el Registro de la Propiedad en virtud de mandamiento judicial o resolución administrativa, la escritura de transmisión o distribución deberá ser aprobada por resolución firme de la autoridad que ordenó la anotación o inscripción del derecho real trasladado. Todo ello sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 38 de este Reglamento».*

b) LA CARENCIA DE UNA NORMA DE DERECHO DISPOSITIVO ACERCA DE LOS EFECTOS DE UNA TAU SOBRE LOS DERECHOS REALES LIMITADOS

Es lo primero que nos resulta destacable en la regulación llevada a cabo por las NCRH: los acuerdos de las partes serán la única ley en relación con la ausencia de afectación de los derechos reales limitados o su traslado total o parcial –junto con el aprovechamiento– desde la finca de

procedencia a la de destino. Esta primacía de la unánime voluntad de todos los afectados se proclama también, como vimos, al afrontar el problema de las cargas constituidas sobre las fincas que son objeto de un expediente de equidistribución⁹⁶. Pero allí existe una normativa completa y que opera como derecho dispositivo para el caso de que esa voluntad unánime falte.

Lógicamente, si existiera una norma de derecho dispositivo que proclamara la inmunidad de determinados derechos reales limitados en relación con la transferencia del aprovechamiento, o bien que garantizara la ausencia de perjuicio para algunos de los titulares de tales derechos, el consentimiento de esos titulares podría obviarse. Sin embargo, si el artículo 34 de las NCRH nos dice que no existe más previsión acerca de la suerte de los derechos reales limitados cuyo objeto son las parcelas «transmisora» y «receptora» del aprovechamiento que la voluntad de sus titulares, la compra o venta de aprovechamientos no podrá perfeccionarse sin el consentimiento de todos los titulares de esas cargas, porque el acuerdo ha de extenderse también a la suerte que han de correr sus derechos.

Vistas así las cosas, el artículo 35 de las NCRH resulta absolutamente coherente con el artículo 34. Lo que se convierte entonces en pura incoherencia es el sistema delineado por las NCRH, porque a nuestro juicio sí que existe un derecho dispositivo, y porque ese derecho dispositivo consiste en la permanencia de las cargas en las parcelas con independencia de la TAU, o en su extinción, cuando la parcela gravada estuviera destinada a uso dotacional y pasara a adscribirse a la Administración como consecuencia de la transferencia de su aprovechamiento⁹⁷. En esta cuestión, como en alguna otra, coincidimos plenamente con la opinión de Francisco Nuñez Lagos⁹⁸, y en los siguientes epígrafes de este trabajo intentaremos fundamentar mínimamente nuestra opinión⁹⁹.

c) LAS CARGAS Y DERECHOS REALES LIMITADOS, ¿AFECTAN DE MODO PRINCIPAL A LAS PARCELAS O A SU VALOR?

En el fondo de todo el problema que estamos analizando, y de la regulación contenida en las NCRH, late la hipótesis, a nuestro juicio y a pesar del respeto que nos merece el prestigio de sus defensores equivo-

⁹⁶ Artículo 11.8 de las NCRH, comentado en el epígrafe 3.e c.2 de este trabajo.

⁹⁷ Como se disponía en el artículo 199.2.a) del TRLS de 1992, declarado inconstitucional por supletorio en la STC 61/1997, de 20 de marzo, y como se dispone en el artículo 205.2.a) de la Ley Foral Navarra 10/1994, de 4 de julio, así como en las Comunidades que hayan puesto en vigor retroactivamente el TRLS de 1992.

⁹⁸ En un trabajo que demuestra un profundo conocimiento por parte de su autor acerca de los problemas planteados por las TAUS. Se trata de «El aprovechamiento urbano y su transferencia», publicado en la *Revista Jurídica del Notariado*, abril-junio de 1993, pp. 99-152.

⁹⁹ Desarrollada en las páginas 454 a 468 de *El aprovechamiento transferible*.

cada ¹⁰⁰, de que la transferencia del aprovechamiento implica que, junto con él, y en la proporción correspondiente al aprovechamiento «transferido», se desplacen también los derechos reales constituidos sobre la parcela transmisora. Por eso hacen falta los consentimientos de los titulares de cargas constituidas sobre ambas parcelas, ya que siempre habrá de determinarse el rango de las cargas transferidas en relación con el de las ya existentes sobre la parcela «receptora». Esta hipótesis, que parece considerar que los gravámenes se constituyen prioritariamente sobre el valor de las parcelas, y no sobre éstas, nos parece rechazable, al menos como regla general, por los siguientes argumentos:

Primero. Nos parece evidente que las cargas y gravámenes tienen como objeto la parcela, configurada como un único objeto de tráfico y que, pese a su definición meramente bidimensional, exige cierta extensión en sentido vertical: al menos hasta la medida representada por el interés del propietario digno de tutela. También limitan las facultades que tiene el propietario de satisfacer su interés actuando directamente sobre la cosa, y en este sentido se extienden al ámbito de facultades propio de todo derecho subjetivo y también del derecho real.

Ahora bien, el aprovechamiento que puede ser objeto de una TAU no puede confundirse ni con el espacio existente sobre la parcela —cada parcela tiene el suyo y ese espacio no puede ser desplazado de unas a otras—, ni tampoco con el ámbito de facultades que el propietario puede ejercer sobre la parcela gravada —el aprovechamiento transferible, por definición, no puede ser materializado sobre el terreno en virtud de cuya titularidad se atribuye.

Si los derechos reales recaen sobre la parcela considerada en su determinación física, y se manifiestan limitando el poder de actuar sobre la misma que se atribuye a su propietario, y si ninguno de esos factores se ve alterado por la TAU, la regla general acerca de la relevancia de dicha operación sobre las situaciones jurídico-reales limitadas nos parece absolutamente clara: esos derechos no se trasladarán en modo alguno a la parcela receptora, sino que habrán de permanecer sin alteración alguna en las parcelas sobre las que se constituyeron.

Otra cosa es que el aprovechamiento transferible tenga un valor —el que se deriva de que la Administración venga obligada a expropiarlo o de su negociación en el peculiar mercado de aprovechamientos—, y que

¹⁰⁰ Su principal valedor ha sido ARNAIZ EGUREN, autor cuya influencia en la regulación de las TAUS llevada a cabo por las NCRH parece evidente —también en aspectos que personalmente nos merecen un juicio muy favorable—, y cuyos trabajos «El acceso al Registro de la Propiedad de las transferencias de aprovechamiento urbanístico», publicado en *Estudios sobre la Reforma de la Ley del Suelo*, Madrid 1991, pp. 215 y 241, y «El aprovechamiento urbanístico. La inscripción en el Registro de la Propiedad de su adquisición y de su transferencia», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 621, resultan indispensables —por encima de nuestra discrepancia con algunos aspectos de los mismos— para el entendimiento de los problemas que las TAUS plantean al ordenamiento inmobiliario.

por lo tanto su transferencia implique una disminución del valor de la parcela transmisora. Hay que proteger, entonces, a los titulares de cargas que guarden alguna relación con ese valor, y esta consideración nos llevará a la necesidad de exigir el consentimiento de esos titulares, pero sólo de ellos y no de todos. Además, su consentimiento se exigirá por estar previamente determinada la suerte que han de correr sus derechos, y no para determinar esa suerte.

Segundo. Porque defender que los gravámenes se desplazan con el aprovechamiento supone admitir la existencia de dos reglas diferentes para una misma operación, según el sujeto que adquiera el aprovechamiento: si es un particular, las cargas llegarán a posarse sobre su parcela porque vienen con el aprovechamiento que compra, pero si es la Administración, habrán de continuar limitando sus efectos solamente a la parcela transmisora, o bien extinguirse cuando dicha parcela se adscriba a la Administración como consecuencia de la TAU ¹⁰¹. Por una sencilla razón: en las compras directas, por definición, no hay parcela «receptora».

Tercero. Porque entender que los gravámenes se desplazan con el aprovechamiento, y por lo tanto que se constituyen sobre el valor de mercado de la parcela, hace que resulte imposible de entender que en otros supuestos, en los cuales también concurre una disminución del valor de unas parcelas en beneficio de otras, no se defienda la misma traslación de cargas. Así, en los casos de compensación en metálico por diferencias de adjudicación en los expedientes reparcelatorios ¹⁰²: algunos titulares de parcelas originarias reciben parcelas de resultado cuyo valor no se corresponde exactamente con el de las que aportaron, debido a la imposibilidad de ajustar tanto las adjudicaciones o bien a que algunos propietarios de suelos edificados con arreglo al plan han de ser adjudicatarios de la misma finca que aportan. Es evidente que entonces parte del aprovechamiento de unos propietarios va a ser atribuido como exceso a otros, y precisamente por ello se establecen indemnizaciones a metálico: existe una verdadera «transferencia patrimonial» del aprovechamiento subjetivo de unos propietarios a las parcelas adjudicadas a otros. Ahora bien, con independencia del derecho que pueda corresponder sobre la compensación a metálico a los titulares de cargas sobre las parcelas cuyos propietarios reciben menos aprovechamiento en favor de otros que reciben más, nadie ha defendido nunca, ni desde el ámbito urbanístico, ni desde el hipotecario, que esos titulares de gravámenes no hayan de soportar la disminución relativa del valor de la parcela adjudicada en relación con el de la originaria, cosa que podría evitarse haciendo que tales derechos pasaran a gravar parcialmente la parcela adjudicada al obligado a satisfacer la indemnización por el exceso de aprovechamiento que recibe.

¹⁰¹ De acuerdo con los citados artículos 199.2.a) del TRLS de 1992 –aplicable en las Comunidades que lo hayan puesto retroactivamente en vigor– y 205.2.a) de la Ley Foral Navarra 10/1994, de 4 de julio.

¹⁰² Artículos 89, 90, 96, 100 y 116, todos ellos del Reglamento de Gestión Urbanística.

Cuarto. Saliendo del ámbito estrictamente urbanístico, y en los casos de accesión invertida, la Jurisprudencia viene otorgando al edificante que se extralimita de buena fe el derecho a comprar la porción de finca ajena ocupada. Se trata de un caso en el cual no sólo hay reducción del valor de la parcela ajena sobre la cual se edificó, sino además reducción material de la extensión de dicha parcela –no de su aprovechamiento–. Pues bien, si la parcela ocupada estuviera gravada con cargas o gravámenes, ¿defendería alguien que esas cargas continuaran gravando la porción ocupada por la edificación ajena, una vez vendida al edificante de buena fe? Lógicamente, creemos que no, pues de otro modo difícilmente podría cumplirse la función perseguida con esta doctrina jurisprudencial. Otra cosa, pero esto es muy distinto, es que los titulares de cargas –de según qué cargas, hemos de añadir– tengan derechos sobre el precio fijado por el juez, que, en cierta medida, es lo que se subroga en lugar de la franja de terreno como objeto de gravamen¹⁰³.

Quinto. Porque incluso los más recalcitrantes defensores del «traslado de las cargas con el aprovechamiento», habrán de reconocer la existencia de cargas referidas a utilidades de la parcela «transmisora» que nada tienen que ver con su aprovechamiento transferible, careciendo de todo sentido pretender que pasen a gravar además la parcela «receptora», y exigir, en base a dicho efecto, el consentimiento del titular del citado gravamen. Basta con referirse a una servidumbre de paso que grave la parcela transmisora para ilustrar nuestra afirmación.

d) SOLUCIÓN QUE NOSOTROS DEFENDIMOS Y PROBLEMAS PLANTEADOS POR LA INTERPRETACIÓN LLEVADA A CABO EN LAS NCRH

d1) *Nuestra interpretación acerca de los efectos de la TAU sobre los derechos reales limitados*

Por todas las consideraciones citadas anteriormente, en nuestro trabajo nos mostrábamos partidarios de la posición defendida por Francisco Núñez Lagos: los derechos reales gravan cosas y no se trasladan a otras salvo que así resultara de una norma expresa. La TAU sólo repercute negativamente en el valor de la parcela transmisora, y por tanto sólo requerirá el consentimiento de los titulares de cargas constituidas sobre aquella y que guarden relación con ese valor. O de todas las cargas que afecten a la parcela transmisora, cuando ésta haya de adscribirse a la Administración como consecuencia de la TAU, ya que en tal caso dichas cargas se extinguen.

En relación con la parcela «receptora» del aprovechamiento, los titulares de cargas o bien no experimentan perjuicio alguno o bien son favorecidos por la TAU –si guardan relación con el valor de mercado de la

¹⁰³ De acuerdo con lo dispuesto, por ejemplo, en el artículo 110-2 de la Ley Hipotecaria.

parcela, por cuanto dicho valor se ve incrementado—. En consecuencia puede prescindirse de su consentimiento. Incluso nos planteamos la posibilidad de que fuera el superficiario o el usufructuario quien estuviera legitimado para adquirir el aprovechamiento, sin autorización del propietario, al ser un presupuesto para el ejercicio de su derecho sobre la parcela «receptora».

d2) *Problemas planteados por la interpretación de las NCRH*

Primera. Dificulta enormemente que el propietario de una parcela pueda transferir su exceso de aprovechamiento apropiable sin purgar antes las cargas, porque ningún constructor que aún no haya enloquecido por la continua alteración de la normativa aplicable a su actividad comprará un aprovechamiento si con él se le vienen encima las cargas que afectaban a la parcela «transmisora»: preferirá comprar a la Administración, sabiendo que así adquiere un aprovechamiento «limpio»¹⁰⁴. En este sentido, y aunque nuestra opinión *de lege ferenda* siempre fue la de que las TAUS habían de funcionar exclusivamente a través de ventas directas por la Administración, para evitar los riesgos del tráfico privado descritos con la debida extensión en otro lugar¹⁰⁵, parece oportuno recordar que si la Ley ha contemplado la posibilidad de negociar privadamente el exceso de aprovechamiento no materializable, no resulta muy correcto que el desarrollo reglamentario elimine en la práctica esta posibilidad.

Segunda. La exigencia de que la TAU sea consentida por todos los titulares de derechos reales que graven las parcelas afectadas ni siquiera parece limitarse a la existencia de cargas sobre la «transmisora» cuyo rango haya de determinarse por concurrir con las existentes sobre la parcela «receptora». Esto puede llevar a una situación desesperante para los dueños de parcelas con exceso de aprovechamiento materializable: han de edificar para no ser expropiados, pero para edificar el ordenamiento les obliga a adquirir aprovechamientos, y, sin embargo, no pueden adquirir sin el consentimiento de unos titulares de cargas paradójicamente más favorecidos que él mismo por la interpretación del sistema llevada a cabo por las NCRH¹⁰⁶.

¹⁰⁴ Como la Administración puede optar entre comprar el aprovechamiento o expropiarlo, normalmente optará por expropiar, evitando así el problema de obtener el consentimiento de los titulares de cargas y el del propietario. Tanto si expropia como si compra el aprovechamiento, la Administración adquirirá un aprovechamiento «limpio» de cargas y gravámenes, dado que en estos supuestos no existe parcela «receptora» a la cual pudieran desplazarse. Por lo tanto, esas cargas continuarán limitando sus efectos a la parcela «transmisora» —pese a la reducción de su aprovechamiento—, o se extinguirán, si dicha parcela se adscribe a la Administración a consecuencia de la TAU.

¹⁰⁵ Concretamente en *El aprovechamiento transferible*, ob. cit., pp. 354 a 410.

¹⁰⁶ Como destacaba FRANCISCO NÚÑEZ LAGOS en *El aprovechamiento urbanístico y su transferencia*.

Menos mal que las NCRH sólo se aplican para el acceso al Registro de las TAUS en general, y de las ventas directas en particular, y que tal acceso no tiene demasiada utilidad en este último caso, como ya dijimos. De este modo, la Administración podrá utilizar un criterio más modulado y conforme con nuestras consideraciones en cuanto al consentimiento de los dueños de cargas constituidas sobre las parcelas «receptoras». Quizá nuevamente se pone de manifiesto que la intención del Ejecutivo ha sido la de establecer unos requisitos exorbitantes para el acceso al Registro de las TAUS con la finalidad más o menos subconsciente de que estas operaciones se perfeccionen mediante el sistema de ventas directas y sin un reflejo registral que no hará más que dificultar la claridad del folio correspondiente, pues de otro modo habríamos de preguntarnos qué han hecho los dueños de parcelas con exceso de aprovechamiento materializable para que el ordenamiento jurídico les deje a merced del capricho de los titulares de cargas constituidas sobre sus parcelas.

D) ACTIVIDAD FISCALIZADORA DE LA ADMINISTRACIÓN EN RELACIÓN CON LAS TAUS

En relación con este aspecto de las TAUS, la redacción del artículo 37 de las NCRH nos parece, cuando menos, preocupante, al expresarse en los siguientes términos: «*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*».

Sólo cuando se trate de una venta directa de aprovechamientos inscritos a favor de la Administración, el artículo 41 de las NCRH exige, para inscribir la venta, «*certificación del asiento practicado en el Registro Municipal de Transferencias de Aprovechamiento, en el que consten las circunstancias a que se refiere el artículo 2 de este Reglamento*».

Componiendo ambas disposiciones resulta que la inscripción de las TAUS perfeccionadas entre particulares podrá realizarse sin el previo control administrativo de su conformidad con el ordenamiento urbanístico —control administrativo implícito en la inscripción de la TAU en el Registro Municipal, pero que puede realizarse de otro modo—, a no ser que la legislación urbanística aplicable exija la previa autorización, concesión de licencia o toma de razón en «Registros administrativos destinados a hacer constar su realización».

En este sentido, y como es sabido, el artículo 198.1 del TRLS establecía que «*No podrá inscribirse en el Registro de la Propiedad acto o acuerdo alguno de transferencia de aprovechamientos urbanísticos*

sin que se acredite, mediante la oportuna certificación expedida al efecto, su previa inscripción en el Registro de Transferencias de Aprovechamientos». No existía diferencia alguna entre las ventas directas y las demás TAUS, y la inscripción en el Registro Municipal cumplía una triple función: dar publicidad a la transferencia del aprovechamiento, comunicar a la Administración que la transferencia se había llevado a cabo, y permitir que la Administración, al verificar la inscripción en su Registro administrativo, calificara la conformidad urbanística de la TAU.

Nos parece probable que el artículo 198.1 del TRLS constituyera un precepto de aplicación plena, al establecer un requisito para el acceso al Registro de la Propiedad de determinados actos o contratos —la certificación administrativa de que el acto había sido inscrito en el Registro Municipal, de lo cual se deducía la calificación administrativa relativa a su conformidad con el ordenamiento urbanístico—, y por lo tanto que estuviera amparada por la competencia atribuida al Estado en el artículo 149.1.8 de la Constitución Española. Pero como el Tribunal Constitucional declaró inconstitucionales todas las normas del TRLS de 1992 calificadas como Derecho supletorio por el legislador ordinario, sin plantearse siquiera la posibilidad de que esa calificación fuera errónea, resulta que el artículo 198.1 del TRLS de 1992 ha desaparecido del panorama jurídico.

Si la materia pudiera, efectivamente, regularse por una Ley autonómica, la exigencia indiscriminada de certificación relativa a que la TAU ha sido inscrita en el Registro Municipal podrá aplicarse en las Comunidades Autónomas que han puesto en vigor retroactivamente el citado texto normativo, y en Navarra, dado que el artículo 204.2 de la Ley Foral 10/1994 recoge dicha exigencia¹⁰⁷.

En relación con las demás Comunidades Autónomas, en tanto no exijan ninguno de los requisitos contemplados en el artículo 37 de las NCRH, sea por olvido, sea por haber interpretado que esa exigencia se contenía ya en el TRLS de 1992, la inscripción de una TAU celebrada entre particulares no requerirá la acreditación de un previo control administrativo acerca de la conformidad entre la TAU y el ordenamiento urbanístico. Parece lógico entender que de acuerdo con las NCRH serán los Notarios y Registradores quienes controlen, en tales casos, esa adecuación.

Lo cierto es que, sin dudar en modo alguno de la preparación jurídica de esos profesionales, confiamos que su cualificación en cálculo matemático sea similar, puesto que la regulación reglamentaria les ha colocado en un buen lío. Porque, a pesar del optimismo que se desprende de los preceptos destinados a señalar los datos que han de reflejarse en el folio

¹⁰⁷ En Madrid, la Ley 20/1997, de 15 de julio, dispone, en su artículo 3.4 que «El planeamiento establecerá, en su caso, los mecanismos de intervención administrativa precisos para hacer viables las transferencias de aprovechamiento previstas en este artículo».

de la parcela «transmisora» y «receptora», que aluden a la «cuantía del aprovechamiento transmitido», a la «cuantía del aprovechamiento a que quede reducida la parcela de origen», y al «número de unidades de aprovechamiento que corresponde a las fincas afectadas»¹⁰⁸, la cuestión no es tan fácil como sumar y restar.

Porque en el esquema del TRLS de 1992 y de la Ley Foral 10/1994, una unidad de aprovechamiento en la parcela «transmisora» no equivaldrá normalmente a una unidad de aprovechamiento en la parcela «receptora», como muy bien saben los redactores de las NCRH aunque ese conocimiento no se haya puesto de manifiesto al regular las circunstancias que han de reflejar los asientos practicados como consecuencia de una TAU. Así, para determinar las unidades de aprovechamiento de la parcela «transmisora» que se deben comprar, hay que considerar, al menos, los siguientes factores:

1.º *El aprovechamiento efectivamente materializable sobre ambas parcelas*: puesto que el aprovechamiento que se debe adquirir o el que se puede transferir es la diferencia entre el aprovechamiento apropiable y el materializable. Esto puede ser sencillo, cuando la edificabilidad se establece por un coeficiente o índice de zona —como regla general bastará con multiplicar el coeficiente por la superficie de la parcela—, o bastante más difícil si esa edificabilidad resulta de la aplicación de condiciones edificatorias zonales —altura, número de plantas, coeficiente de ocupación, línea de edificabilidad y de fondo, etc.—, pues entonces hay que efectuar cálculos más complejos.

2.º *El uso y tipología edificatoria de cada una de las parcelas*: puesto que el aprovechamiento apropiable se expresará en unidades correspondientes al aprovechamiento predominante o más frecuente en el área de reparto, mientras que los aprovechamientos reales o efectivamente materializables se expresarán en el uso y tipología de cada parcela, debiendo convertirse al uso predominante mediante la aplicación del coeficiente de homogeneización que corresponda, si es que deseamos saber cuánto aprovechamiento ha de adquirir el propietario de la parcela «receptora» y a cuántas unidades de aprovechamiento transferible de la parcela «transmisora» equivale.

3.º *El coeficiente que relacione el valor de diferentes polígonos fiscales*: cuando éstos no coincidan con las áreas de reparto y las parcelas transmisora y receptora no estén ubicadas en un mismo polígono fiscal¹⁰⁹.

Como consecuencia de lo expuesto puede deducirse con facilidad que no es sencillo determinar los metros cuadrados de aprovechamiento de una parcela «transmisora» que debe adquirir el propietario de una

¹⁰⁸ Artículo 34 de las NCRH.

¹⁰⁹ A este problema y su solución alude MERELO ABELA en *Régimen Jurídico del Suelo y Gestión Urbanística*, Madrid 1995, pp. 339-340.

parcela «receptora» para materializar una determinada edificabilidad, y que las NCRH pecan de optimismo si creen que la conformidad urbanística de las TAUS puede calificarse por el Registrador. Afortunadamente las TAUS perfeccionadas entre particulares serán escasas y los Notarios lo suficientemente prudentes para exigir la conformidad administrativa antes de proceder al otorgamiento de la correspondiente escritura pública.