

III. OTRAS DISPOSICIONES

MINISTERIO DE JUSTICIA

8717 *Resolución de 11 de junio de 2018, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto contra la nota de calificación extendida por el registrador de la propiedad de Mijas nº 2, por la que suspende la inscripción de un testimonio de un decreto de adjudicación dictado en un procedimiento de ejecución ordinario sobre determinado inmueble.*

En el recurso interpuesto por don F. C. P. contra la nota de calificación extendida por el registrador de la Propiedad de Mijas número 2, don Javier Aznar Rivero, por la que suspende la inscripción de un testimonio de un decreto de adjudicación dictado en un procedimiento de ejecución ordinario sobre determinado inmueble.

Hechos

I

En el Juzgado de Primera Instancia número 7 de Madrid se tramitó procedimiento de ejecución ordinario número 598/2006 en el que, por resolución de fecha 17 de febrero de 2005, se despachó ejecución contra los bienes de «Fomento Inmobiliario Costa del Sol, S.A.», trabándose embargo sobre el sobrante de edificabilidad que causó la inscripción 2.ª de la finca registral número 54.386 del Registro de la Propiedad de Mijas número 2, inscrita a favor de la demandada; y, previos los trámites legales oportunos, por resolución de 5 fecha de julio de 2011 se acordó anunciar la venta en pública subasta del referido sobrante en los siguientes lotes: «lote 1) 161,67 metros cuadrados de vivienda en bloque (casetones): 62.700 euros; lote 2) 1.047,41 metros cuadrados de trasteros valorado en 265.850 euros, y lote 3) 302,33 metros cuadrados de superficie edificable vivienda valorado en 136.050 euros». No habiendo comparecido ningún postor a la subasta de la finca embargada, y habiendo solicitado el ejecutante la adjudicación del lote 2 referente a 1.047 metros cuadrados de trasteros por valor de 159.510 euros correspondientes al 60% del valor de tasación, por decreto de fecha 4 de noviembre de 2011 del secretario judicial del referido Juzgado, se acordó adjudicar dicho inmueble al referido ejecutante.

II

Presentado el día 25 de enero de 2018 testimonio del citado decreto, en unión de la documentación que se dirá, en el Registro de la Propiedad de Mijas número 2, fue objeto de la siguiente nota de calificación:

«Previo examen y calificación del documento presentado el día 25 de enero de 2018 causando el asiento 567 del tomo 124 del libro diario de operaciones: testimonio del decreto de 4 de noviembre de 2011, expedido el 28 de octubre de 2014 por el secretario –hoy letrado de la Administración de Justicia– del Juzgado de 1.ª Instancia número 7 de los de Madrid, en autos de procedimiento Ejecución de Títulos Judiciales 598/2006 contra la entidad Fomento Inmobiliario Costa del Sol, S.A. y que en su día motivó la anotación de embargo letra A de la finca 54.386; acompañado por los siguientes documentos: 1.º) Copia auténtica de la escritura autorizada por el notario que fue de Fuengirola don Francisco García Serrano el 31 de julio de 2001 –bajo el número 3735 de su protocolo–, que fue expedida por don Álvaro Toro Ariza el 22 de mayo de 2017, como notario archivero del protocolo del primero; 2.º) Informe expedido el 18 de abril de 2017

por doña E. T. D., letrada de la Asesoría Jurídica del Ayuntamiento de Mijas; 3.º) Testimonio expedido el 23 de marzo de 2017 por doña M. E. A. F., letrada de la Administración de Justicia del Juzgado de 1.ª Instancia número 4 de Madrid, de averiguación patrimonial, en virtud de procedimiento de ejecución de títulos judiciales 1320/2009; el registrador que suscribe, ha resuelto no practicar los asientos solicitados en base a los siguientes hechos y fundamentos de derecho:

Hechos.

Primero.—La anotación que sobre la finca 54.386 se tomó en su día lo fue en virtud de Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de fecha 16 de junio de 2009, sobre "el sobrante de edificabilidad, en los términos expresados"; es decir que para ello es necesario observar que dicho sobrante resulta de informe emitido por la Oficina Técnica Municipal del Ayuntamiento de Mijas el 14 de enero de 2008, en relación con la petición realizada en su día en la que se solicitaba "se certifique la edificabilidad proyectada para la que ha sido concedida licencia, derecho existente a un mayor volumen edificable y superficie de ocupación de la edificación existente sobre la total superficie de parcela y superficie libre de parcela, todo ello relativo a la licencia de Obras concedida en Urb. (...) Expediente N.º 1076/00—". Dicho informe, en la parte que interesa, se halla transcrito en la anotación en los siguientes términos: "Respecto a la licencia de obras concedida, quedan 464 m2 de edificabilidad por consumir, al haberse consumido solamente 6.186,00 m2 –1,24 m2 de techo edificable/m2 de suelo, según se indica en el cuadro superior— para la superficie total de la parcela –5.000 m2—. La edificación que obtuvo licencia ocupa un 36,14 por ciento de la parcela –1.807,00 m2 ocupados—, estando permitida una ocupación máxima del 40 por ciento respecto a la superficie de la parcela –2.000,00 m2 de ocupación máxima permitida para una superficie de parcela de 5.000,00 m2—, por lo que podría aumentarse la ocupación sobre la misma en 193 m2. No obstante, a efectos de edificabilidad y ocupación sin consumir, hay que tener en cuenta que con fecha 2/08/05, se elaboró un informe por la Oficina Técnica del que se desprende que se han ejecutado obras no amparadas en la licencia de obras concedida correspondientes a: – 161,67 m2 de vivienda en bloque –casetones—. –1.047,41 m2 de sótano –trasteros—. La totalidad de estas obras supone un exceso de edificabilidad sobre el Proyecto que obtuvo licencia y está pendiente de legalizar. Para legalizarlas sería necesario aportar un Proyecto Visado redactado por Técnico Competente recogiendo la totalidad de las obras y solicitar la correspondiente licencia de obras. Los 161,67 m2 de vivienda, en caso de legalizarse, consumirían edificabilidad, a añadir a los 6.186,00 m2 de techo ya consumidos. Con respecto a los 1.047,41 m2 de sótano, en caso de legalizarse, se trataría de una edificabilidad no computable –en sótano los usos de aparcamientos, trasteros o almacenes ligados a las viviendas no computan a efectos de la superficie de techo máximo edificable, según el Art. 192 del P.G.O.U. vigente—."

Así pues, el sobrante de edificabilidad objeto de la traba son 464 m2, tal y como se establece en la RDGRN de 16 de junio de 2009, que pueden ser reducidos en 161,67 m2 si llegaran a legalizarse los metros de viviendas que han sido construidos excediendo la licencia, circunstancia ésta que no consta en el expediente. Sorprendentemente, en el Juzgado en el que se siguió el procedimiento se realizaron unos lotes que fueron objeto de subasta y entre ellos se incluyó uno referido a los metros de trasteros, que no pudieron ser objeto de embargo por no constituir sobrante de edificabilidad y que fueron adjudicados a la parte acreedora, solicitándose su inscripción.

Es de observar que en el informe expedido por doña E. T. D. el 18 de abril de 2017, letrado de la Asesoría Jurídica del Ayuntamiento de Mijas, consta lo siguiente: "al respecto de la constancia de la existencia de las obras ejecutadas sin estar amparadas en la licencia de obra otorgada, nos remitimos al informe técnico emitido al efecto con fecha 14 de diciembre de 2016, el cual se adjunta", y sigue: "En relación a la segunda, esto es, la prescripción de la acción con la que cuenta la administración para exigir el restablecimiento del orden jurídico perturbado [...] de conformidad con lo dispuesto en el

artículo 185 de la Ley 7/2002, de 17 de diciembre, de Ordenación Urbanística de Andalucía, habría transcurrido el plazo de seis años que tiene la Administración para ejercer la potestad de protección de la legalidad urbanística"; no constando en el Registro documento alguno en el que conste que se haya declarado la obra a que se refiere dicho informe.

Segundo.—Del decreto de 4 de noviembre de 2011, testimoniado por el secretario — hoy letrado de la Administración de Justicia— del citado Juzgado se desprende, en relación al bien que es objeto de adjudicación, lo siguiente: "Segundo.—Que, previos los trámites legales oportunos, por resolución de fecha 5 de julio de 2011 se acordó anunciar la venta en pública subasta del referido sobrante en los siguientes lotes: lote 1) 161,67 metros cuadrados de vivienda en bloque (casetones): 62.700 euros; lote 2) 1.047,41 metros cuadrados de trasteros valorado en 265.850 euros y lote 3) 302,33 metros cuadrados de superficie edificable vivienda valorado en 136.050 euros [...] Se adjudica al ejecutante F. C. P. con DNI N.º (...), casado en régimen económico de separación de bienes, el bien descrito en el antecedente de hecho primer de la presente resolución en cuanto a los 1.047,41 metros cuadrados de trasteros por valor de 159.510 euros correspondientes al 60% de la valoración".

Tercero.—Consta en el expediente que el régimen económico matrimonial es el de separación de bienes, pero no si éste es el legal supletorio por razón de su vecindad civil o uno convencional, por lo que es necesaria manifestación si es el caso de ser el supletorio o si es el convencional, habrá de acreditarse la existencia de las capitulaciones matrimoniales y su inscripción en el Registro Civil correspondiente.

Fundamentos de Derecho.

I y II.—No cabe la posibilidad de dividir o hacer lotes del derecho embargado y que es éste el que debe ser ejecutado íntegramente, ya que considerando el artículo 643 de la Ley de Enjuiciamiento Civil aplicable a la subasta de inmuebles por remisión del art. 655 del mismo cuerpo legal, contempla la venta en subasta "de uno o varios bienes o lotes de bienes, según lo más conveniente para el buen fin de la ejecución", pero no contempla que dichos lotes puedan estar conformados por partes de esos bienes. Además, en el caso que nos ocupa los lotes que se hacen nunca fueron embargados porque no son sobrante de edificabilidad.

En efecto, el primer lote "161,67 metros cuadrados de vivienda en bloque (casetones)", si bien es cierto que en el informe se dice que "quedan 464 m de edificabilidad por consumir" conforme a la obra efectivamente legalizada, también dice el Ayuntamiento que se construyeron 161,67 metros cuadrados cuya existencia no está amparada por la licencia de obras y que sería necesario legalizar, y añade que sería posible realizarlo mediante la presentación de un proyecto de recogiendo la totalidad de las obras y la solicitud de la correspondiente licencia. Es por lo que este registrador entiende que si la anotación se toma sobre el citado "sobrante de edificabilidad" no es posible la adjudicación de lo "edificado no legalizado". Pero no es esa la única razón que impediría su adjudicación, sino que tampoco existe la certidumbre de si lo edificado pendiente de legalizar se encuentra inscrito como finca independiente dentro del conjunto residencial; si corresponde en parte a alguno o varios de los elementos que conforman la división horizontal o forma parte de los elementos comunes del conjunto residencial; por lo que además de vulnerar los principios de exactitud y claridad que deben regir los derechos que pretenden su acceso al Registro, las fincas que conforman la división horizontal han sido en su totalidad transmitidas a terceros que no han sido demandados en el procedimiento que ha motivado los documentos calificados, lo cual entraría en contradicción con lo establecido en el artículo 24.1 de la Constitución que proscribela indefensión —"Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión"— y el principio hipotecario de tracto sucesivo a que se refiere el artículo 20 de la Ley Hipotecaria.

El lote 2 constituido por los 1.100 m² de trasteros, que resultan ser los adjudicados, tampoco pudieron ser embargados por cuanto no son tampoco sobrante de edificación. Según el informe técnico del Ayuntamiento estos metros cuadrados de trasteros fueron construidos sin amparo de licencia municipal no obstante, a diferencia de lo que ocurre con los metros excedidos de vivienda, estos metros una vez legalizados no reducirán el sobrante de edificabilidad objeto del embargo.

El lote 3 que se corresponde con 303 m² de vivienda se corresponden con la diferencia entre el sobrante del derecho de edificabilidad y los metros en que este se reduciría si se legalizaran los m² destinados a viviendas excedidos de la licencia obtenida, extremo este que tampoco se justifica en el expediente. Estos metros de edificabilidad una vez justificada la legalización a que se refiere el informe técnico del Ayuntamiento son los que debieron ser ejecutados y subastados siempre y cuando lo hubieran sido como sobrante de derecho de edificabilidad y no como metros de superficie edificable de vivienda.–

En todo caso, falta la previa configuración del derecho de edificabilidad como finca independiente o su adscripción por nota marginal a otra finca. En efecto, nada impide que el objeto del respectivo negocio recaiga sobre el aprovechamiento urbanístico de la finca mientras permanece como parte integrante del contenido de las facultades dominicales de su titular, pero esa situación no puede mantenerse en caso de que la transmisión que tales actos preparan llegue a materializarse. Así lo ha declarado la Dirección General de los Registros y del Notariado respecto del embargo, al afirmar que en caso de ejecución del embargo habrá de configurarse como finca independiente o adscribirse por nota marginal a otra finca, exigencia que deriva del principio de folio real que rige en nuestro sistema registral (cfr. artículos 7 y 8 de la Ley Hipotecaria y RDGRN de marzo de 1993 y 14 de febrero de 2003). Ahora bien, esta determinación de la finca de destino no queda sin más sometida a la voluntad del titular o de los titulares de la misma, sino que en todo caso requerirá su conformidad con la legislación y el planeamiento urbanístico y la previa autorización municipal. Y por ello, como manifestación del principio de coordinación entre la publicidad registral y la legislación urbanística, el artículo 37 del Real Decreto 1093/1997 y 62 de la Ley 7/2002 de Ordenación Urbanística de Andalucía.

III.–Respecto a la manifestación sobre si el régimen económico matrimonial es el legal o uno convencional, los artículos 9.2 y 16.3 del Código Civil, sentencia del Tribunal Supremo de 20 de mayo de 2008 y resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 15 de junio de 2009, 5 de marzo y 2 de junio de 2010, 23 de agosto y 12 de junio de 2011 y 10 de marzo de 2014 y el 266 del Reglamento del Registro Civil, que dispone "en las inscripciones que, en cualquier otro Registro, produzcan las capitulaciones matrimoniales y demás hechos que afecten al régimen económico se expresará el Registro Civil, tomo y folio en que consta inscrito o indicado el hecho", añadiendo el precepto que los datos exigidos se acreditarán "por certificación, por el Libro de Familia o por nota a que se refiere el párrafo anterior". Por lo que, no acreditándose lo indicado en alguna forma prevista por el precepto, debe suspenderse la inscripción en el Registro de la Propiedad por defecto subsanable. (Art.º 75 del Reglamento Hipotecario y 1.333 del Código Civil).–

En su virtud,

Acuerdo

Suspender la extensión de los asientos solicitada por los defectos advertidos y en base a los expresados fundamentos de derecho.–

Contra el presente acuerdo los interesados podrán (...)

Mijas, a 9 de febrero de 2018 (firma ilegible) Fdo.: Javier Aznar Rivero Registrador de la propiedad».

III

Contra la anterior nota de calificación, don F. C. P. interpuso recurso el día 19 de marzo de 2018 mediante escrito y con arreglo a las siguientes alegaciones:

«(...) Antecedentes de hecho

Primero.—Documento inscribible, es el Decreto de adjudicación de 4 de noviembre de 2011, dictado por el Juzgado de Primera Instancia núm. 7 de Madrid, en procedimiento de ejecución de títulos judiciales 598/2006, por cuya virtud se adjudica a la parte ejecutante, D. F. C. P., el sobrante de edificabilidad en finca registral 54.386 del Registro de la propiedad núm. 2 de Mijas, en cuanto a 1.047,41.—metros cuadrados de almacenes trasteros propiedad de la parte ejecutada Fomento Inmobiliario Costa del Sol, S.A.

En el Decreto dictado se hace constar que, "previos los trámites legales oportunos, por resolución de fecha 5 de Julio de 2011 se acordó anunciar la venta en pública subasta del referido sobrante en los siguientes lotes: lote 1) 161,67 metros cuadrados de vivienda en bloque (casetones); lote 2) 1.047,41 metros cuadrados de trasteros y lote 3) 302,33 metros cuadrados de superficie edificable vivienda, señalándose para la misma el día 28 de septiembre de 2011 a las 10,30 horas, celebrándose la misma el día señalado con la única comparecencia de la representación de la parte actora, por lo que se concedió el plazo de veinte días para que si le convenía, solicitase la adjudicación de alguno de los lotes por el 60% del valor de tasación o cantidad superior, lo cual ha verificado en plazo mediante escrito de 29 de septiembre de 2011 interesó la adjudicación del lote 2, referente a 1.047 metros cuadrados de trasteros» (...)

Segundo.—Anotación preventiva de embargo del sobrante de edificabilidad objeto de adjudicación.—

Con fecha 30 de mayo de 2009, la Dirección General de Registros y el Notariado dictó su fundada Resolución, por la que estima el recurso presentado contra la denegación de inscripción del mandamiento de anotación preventiva de embargo de la finca registral 54.386 en cuanto al sobrante de edificabilidad propiedad de la parte ejecutada.

Mandamiento de anotación al que se une certificación urbanística del Ayuntamiento de Mijas, donde radica el inmueble, certificando el Ayuntamiento "la edificabilidad proyectada para la que se ha concedido la licencia y el derecho existente a un mayor volumen edificable y superficie de ocupación de la edificación existente sobre la total superficie de parcela".

La doctrina de la DGRN resalta el concepto moderno de finca registral como unidad de suelo o edificación no meramente perimetral, sino como volumen edificable,

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

Con fecha 20 de octubre de 2009, se tomó anotación preventiva de embargo del sobrante, causando anotación letra A sobre la finca matriz, donde se transcriben literalmente los extremos contenidos en la certificación urbanística del Ayuntamiento, entre otros los siguientes,

"Respecto a la licencia de obras concedida, quedan 464 m² de edificabilidad por consumir, al haberse consumido solamente 6.186,00 m² –1,24m² de techo edificable/m² de suelo, para la superficie total de la parcela –5.000 m². La edificación que obtuvo licencia ocupa un 36,14% de la parcela –1.087,00 m² ocupados, estando permitida una

ocupación máxima del 40 por ciento respecto a la superficie de la parcela –2.000 m² de ocupación máxima permitida para una superficie de parcela de 5.000 m²–, por lo que podría aumentarse la ocupación sobre la misma en 193 m².

No obstante, a efectos de edificabilidad y ocupación sin consumir, hay que tener en cuenta que con fecha 2/08/2005, se elaboró un informe por la Oficina Técnica del que se desprende que se han ejecutado obras no amparadas en la licencia de obras concedida, correspondientes a: –161,67 m² de vivienda en bloque –casetones– 1.047,41 m² de sótano –trasteros– La totalidad de estas obras supone un exceso de edificabilidad sobre el Proyecto que obtuvo licencia y está pendiente de legalizar. Para legalizarlas sería necesario aportar un Proyecto Visado redactado por Técnico Competente recogiendo la totalidad de las obras y solicitar la correspondiente licencia de obras. Los 167,67 m² de vivienda, en caso de legalizarse, consumirían edificabilidad, a añadir a los 6.186,00 m² de techo ya consumidos. Con respecto a los 1.047,41 m² de sótano, en caso de legalizarse, se trataría de una edificabilidad no computable –en sótano los usos de aparcamiento, trasteros o almacenes ligados a las viviendas no computan a efectos de la superficie de techo máximo edificable, según el Art. 192 del P.G.O.U. Vigente–." (...)

Tercero.–Documentos que se acompañan al Decreto de adjudicación de los 1.047,41 m² de trasteros:

1.º Copia auténtica de la Escritura de Obra Nueva y división horizontal de la finca matriz, autorizada por el notario que fue de Fuengirola Don Francisco García Serrano el 31 de julio de 2001 –bajo el número 3.735 de su protocolo–, que fue expedida por Don Álvaro Toro Ariza el 22 de mayo de 2017, como notario archivero del protocolo del primero (...)

Por la mencionada Escritura el promotor se reservó el derecho existente a un mayor volumen edificable, por certificado del Ayuntamiento se acredita que respecto a la licencia de obras concedida restan – 464 m² de edificabilidad por consumir.

No obstante lo anterior, con fecha 2/08/2005, se elaboró un informe por la Oficina Técnica municipal, del que se desprende que se han ejecutado obras no amparadas en la licencia de obras concedida, correspondientes a: –1.047,41 m² de sótano –trasteros–, que de legalizarse no consumirían edificabilidad y –161,67 m² de vivienda en bloque –casetones– que de legalizarse consumirían edificabilidad.

A requerimiento del Juzgado, la Oficina técnica del ayuntamiento certifica en fecha 13 de abril de 2010 haber sido consumidos los –161,67 m² de vivienda en bloque –casetones–, restando por consumir – 302,33 m² de techo respecto al proyecto que obtuvo licencia (...)

Razón por la que no se ha solicitado la adjudicación de los – 464 m² de edificabilidad por consumir, debido a la existencia de obras ejecutadas: – 1.047,41 m² de trasteros al crearse una segunda planta sótano en edificios A y D, que no consumen edificabilidad, por otro lado, –161,67 m² de vivienda en bloque (–casetones–) que consumen edificabilidad, restando por tanto –302,33 m² de edificabilidad por consumir respecto a la licencia concedida.

La Calificación del Sr. Registrador abunda en esta consideración, "En efecto, el primer lote '161,67 metros cuadrados de vivienda en bloque (casetones)', si bien es cierto que en el informe se dice que 'quedan 464 m de edificabilidad por consumir' conforme a la obra efectivamente legalizada, también dice el Ayuntamiento que se construyeron 161,67 metros cuadrados cuya existencia no está amparada por la licencia de obras y que sería necesario legalizar, y añade que sería posible realizarlo mediante la presentación de un proyecto recogiendo la totalidad de las obras y la solicitud de la correspondiente licencia. Es por lo que este registrador entiende que si la anotación se toma sobre el citado 'sobrante de edificabilidad' no es posible la adjudicación de lo 'edificado no legalizado'. Pero no es esa la única razón que impediría su adjudicación, sino que tampoco existe la certidumbre de si lo edificado pendiente de legalizar se encuentra inscrito como finca independiente dentro del conjunto residencial; si corresponde en parte a alguno o varios de los elementos que conforman la división horizontal o forma parte de los elementos comunes del conjunto

residencial; por lo que además de vulnerar los principios de exactitud y claridad que deben regir los derechos que pretenden su acceso al Registro, las fincas que conforman la división horizontal han sido en su totalidad transmitidas a terceros que no han sido demandados en el procedimiento que ha motivado los documentos calificados, lo cual entraría en contradicción con lo establecido en el artículo 24.1 de la Constitución que proscribía la indefensión –‘Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión’– y el principio hipotecario de tracto sucesivo a que se refiere el artículo 20 de la Ley Hipotecaria."

Por tanto, los – 161,67 m2 de vivienda en bloque –casetones– no consta que sean finca registral, sino partes integrantes o pertenencias de las fincas existentes, que merman los 464 m2 de techo edificable para uso de vivienda.

2.º Informe expedido el 18 de abril de 2017 por doña E. T. D., letrada de la Asesoría Jurídica del Ayuntamiento de Mijas, donde se hace constar que las ampliaciones y modificaciones recogidas en el mencionado informe (–161,67 m2 de vivienda en bloque –casetones– y – 1.047,41 m2 aumento de segunda planta sótano en edificios A y D), son incompatibles con la legalidad vigente, no obstante constata que la certificación final de obra del arquitecto director, Sr. A. O., está fechada el 14/02/2005, habiendo transcurrido los plazos de prescripción con arreglo a la legislación vigente,

"Frente a una infracción administrativa por la realización de obras incompatibles con la ordenación urbanística, no cabe otro restablecimiento que el de la legalidad, mediante la reposición de la realidad física alterada con la correspondiente demolición de lo ilegalmente construido. Como ello no es posible, pues ha prescrito la infracción, al interesado solo le resta instar la Declaración de las obras en situación de Asimilado a la de Fuera de Ordenación (RAFO)".

Por tanto lo que procede, en lo que aquí interesa, respecto a los – 1.047,41 m2 sótano de almacenes o trasteros, es su declaración en situación legal de Asimilado a la de Fuera de Ordenación (RAFO), mediante la tramitación del oportuno expediente administrativo, debido a que la infracción urbanística está claramente prescrita y así lo declara el Ayuntamiento (...)

3.º Certificación catastral. Testimonio expedido el 23 de marzo de 2017 por doña M. E. A. F., letrada de la Administración de Justicia del Juzgado de 1.ª Instancia número 4 de Madrid, de averiguación patrimonial, donde consta la descripción catastral de los 1.047,41 m2 de trasteros almacenes (...)

Cuarto.–La calificación del Sr. Registrador deniega la inscripción del decreto de adjudicación de los – 1.047,41 m2 de trasteros por entender que,

"El lote 2 constituido por los 1.100 m2 de trasteros, que resultan ser los adjudicados, tampoco pudieron ser embargados por cuanto no son tampoco sobrante de edificación. Según el informe técnico del Ayuntamiento estos metros cuadrados de trasteros fueron construidos sin amparo de licencia municipal no obstante. a diferencia de lo que ocurre con los metros excedidos de vivienda, estos metros una vez legalizados no reducirán el sobrante de edificabilidad objeto del embargo."

Lo que ocurre es que el aumento de los edificios A y D en una planta de trasteros, son obras unidas por el promotor a cosa ajena, las viviendas que constan en la declaración de obra nueva, en el ejercicio del derecho real al aprovechamiento urbanístico que se reservó en la misma Escritura.

Los –1047,41 m2 de trasteros aumentan en una segunda planta sótano los edificios A y D. A diferencia de los – 161,67 m2 excedidos de vivienda, no son partes integrantes de las viviendas, no se transmiten con ellas, no consumen edificabilidad según el Plan General, por consiguiente no es necesaria justificación de reducción alguna respecto a

los – 464 m2 de edificabilidad por consumir. Respecto a la parte vacante del suelo no edificada,

"El lote 3 que se corresponde con 303 m2 de vivienda se corresponden con la diferencia entre el sobrante del derecho de edificabilidad y los metros en que este se reduciría si se legalizaran los m2 destinados a viviendas excedidos de la licencia obtenida, extremo este que tampoco se justifica en el expediente. Estos metros de edificabilidad una vez justificada la legalización a que se refiere el informe técnico del Ayuntamiento son los que debieron ser ejecutados y subastados siempre y cuando lo hubieran sido como sobrante de derecho de edificabilidad y no como metros de superficie edificable de vivienda.–".

Hubiera sido necesario justificar la legalización de los metros excedidos de viviendas, para proceder a la adjudicación de los – 302,33 m2 que restan por consumir con arreglo a la licencia concedida, todo ello con citación de los propietarios. Habida cuenta el menoscabo verificado en el sobrante fungible de – 464 m2, por la eventual legalización de los – 161,67 m2 destinados a viviendas de la propia urbanización, no se adjudicó la zona no edificada.

A su vez, no hay que perder de vista que el Registro de la propiedad se lleva por fincas, tal como expresa el Sr. Registrador,

"En todo caso, falta la previa configuración del derecho de edificabilidad como finca independiente o su adscripción por nota marginal a otra finca. En efecto, nada impide que el objeto del respectivo negocio recaiga sobre el aprovechamiento urbanístico de la finca mientras permanece como parte integrante del contenido de las facultades dominicales de su titular, pero esa situación no puede mantenerse en caso de que la transmisión que tales actos preparan llegue a materializarse. Así lo ha declarado la Dirección General de los Registros y del Notariado respecto del embargo, al afirmar que en caso de ejecución del embargo habrá de configurarse como finca independiente o adscribirse por nota marginal a otra finca, exigencia que deriva del principio de folio real que rige en nuestro sistema registral (cfr. artículos 7 y 8 de la Ley Hipotecaria y RDGRN de marzo de 1993 y 14 de febrero de 2003)".

Entiende esta parte, que este derecho al aprovechamiento urbanístico, materializado en los – 1.047,41 m2 de trasteros, tendrá la consideración de finca registral, cuando conforme a la legislación hipotecaria, pueda abrir folio en el Registro de la propiedad, hasta la apertura de folio, será una finca de la realidad física o documental, que se encuentra en fase de formación para llegar a ser finca registral coincidente con la legislación urbanística. (...)

El Registrador observa,

"Ahora bien, esta determinación de la finca de destino no queda sin más sometida a la voluntad del titular o de los titulares de la misma, sino que en todo caso requerirá su conformidad con la legislación y el planeamiento urbanístico y la previa autorización municipal. Y por ello, como manifestación del principio de coordinación entre la publicidad registral y la legislación urbanística, el artículo 37 del Real Decreto 1093/1997 y 62 de la Ley 7/2002 de Ordenación Urbanística de Andalucía".

En cuanto al planeamiento, se acredita la prescripción de la infracción mediante Informe expedido el 18 de abril de 2017 por la Asesoría jurídica del Ayuntamiento; la legislación se cumplirá cuando los trasteros objeto de adjudicación consten en Escritura de declaración de Obra nueva para poder acceder al Registro de la propiedad.

En definitiva, hay un estadio previo de acceso al Registro, y en ese sentido, la Ley Hipotecaria y la legislación urbanística es aplicable a ese estadio previo de la finca, precisamente para permitir la apertura de folio registral a la misma.

Entiende esta parte que el Decreto de adjudicación de los –1.047,41 m2 de trasteros, es perfectamente inscribible mediante el otorgamiento de Escritura de Obra nueva en la

forma y con los requisitos del artículo 28.4 del del texto refundido de la Ley del Suelo y Rehabilitación Urbana aprobado por Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre.

A los anteriores hechos son de aplicación los siguientes,

Fundamentos de Derecho

De orden formal (...)

De orden material

Primero. La resolución de las cuestiones jurídicas planteadas en el presente recurso, puede Hacerse conforme al siguiente orden de ideas:

1. El acto objeto del mismo es una calificación registral que deniega la solicitud de inscripción del Decreto de adjudicación del sobrante de edificabilidad en finca registral 54.386 del Registro de la propiedad núm. 2 de Mijas, en cuanto a 1.047,41.-metros cuadrados de almacenes trasteros propiedad de la parte ejecutada Fomento Inmobiliario Costa del Sol, S.A.

Acompañan al Decreto de adjudicación los siguientes documentos, a) Copia auténtica de la Escritura de Obra nueva y división horizontal, al constituir la misma, el promotor se reserva expresamente el derecho al aumento de edificabilidad en la finca respecto a la obra declarada. Igualmente se reservó el derecho al otorgamiento de nueva Escritura de Obra Nueva o a las ampliaciones que fueran precisas de la presente. b) Informe expedido el 18 de abril de 2017 por la asesoría jurídica del Ayuntamiento, donde se hace constar que han transcurrido los plazos de prescripción por la realización sin licencia de dos plantas destinadas a trasteros, estando en situación legal de asimilados a fuera de ordenación (RAFO) pudiendo instar el interesado su declaración, c) Certificación catastral donde consta la descripción de los trasteros o almacenes existentes- La pretensión del recurso consiste en el reconocimiento del derecho del recurrente a que se proceda a la inscripción del bien adjudicado una vez conformado el título inscribible mediante la extensión de escritura de obra nueva conforme a la legislación vigente.

2. La controversia se centra en un único punto de naturaleza estrictamente jurídica, que se corresponde exactamente con la razón, también única, que esgrime el Registrador para denegar la citada posibilidad de inscripción. Se deniega la misma porque, "El lote 2 constituido por los 1.100 m2 de trasteros, que resultan ser los adjudicados, tampoco pudieron ser embargados por cuanto no son tampoco sobrante de edificación." conforme al informe técnico del Ayuntamiento estos metros cuadrados de trasteros fueron construidos sin amparo de licencia municipal, no obstante, a diferencia de lo que ocurre con los metros excedidos de vivienda, estos metros una vez legalizados no reducirán el sobrante de edificabilidad existente en la finca, habiendo prescrito la infracción.

3. El recurrente entiende que las plantas destinadas a trasteros almacenes sí son sobrante de edificación respecto a la obra nueva declarada en la finca, y lo considera así sobre la base de que el derecho objeto de embargo, sobre el que recae la anotación, es un verdadero derecho de aprovechamiento, cuya concreción resulta plenamente determinada por la certificación administrativa, es decir que da lugar a la configuración futura de lo edificado, concedida, limitada y modulada por el propio planeamiento y por las normas de apropiabilidad previstas en la legislación urbanística, y como tal es finca registral susceptible de tráfico y gravamen

4. El registrador discrepa, y estima que no son sobrante de edificabilidad, entonces no cabe su configuración como finca independiente o su adscripción por nota marginal a la finca: "En todo caso, falta la previa configuración del derecho de edificabilidad como finca independiente o su adscripción por nota marginal a otra finca". En consecuencia, aunque admite que el objeto del respectivo negocio recaiga sobre el aprovechamiento urbanístico de la finca siempre que permanezca como parte integrante del contenido de las facultades dominicales de su titular, no entiende que esta situación pueda ser objeto de transmisión o gravamen.

Segundo.—Así expuesto, con la mayor claridad posible, el único objeto de discusión y tema a resolver, el apartado 1.a) del artículo 26 del vigente texto refundido de la Ley del Suelo y Rehabilitación Urbana aprobado por el Real Decreto Legislativo 7/2015 (BOE núm. 261, de 31 de octubre), define el concepto de finca del siguiente modo, "unidad de suelo o de edificación atribuida exclusiva y excluyentemente a un propietario o varios en proindiviso, que puede situarse en la rasante, en el vuelo o en el subsuelo. Cuando, conforme a la legislación hipotecaria, pueda abrir folio en el Registro de la Propiedad, tiene la consideración de finca registral".

La doctrina de la Dirección General de los Registros y el Notariado, a través de diversas resoluciones, como la de 30 de mayo de 2009, dictada con ocasión de la práctica de la anotación preventiva de embargo sobre el exceso de edificabilidad objeto de los presentes autos, ha establecido el criterio de que el aprovechamiento urbanístico material u objetivo referido a la edificabilidad y usos de la finca registral, desemboca bien en una simple facultad del dominio del titular registral, que puede consignarse por la vía de la nota marginal del artículo 77 del Reglamento de inscripción de actos de naturaleza urbanística; o bien puede pasar a formar finca registral independiente susceptible de abrir folio registral; pero nada impide en cualquiera de los supuestos, que forme parte de la finca matriz general,

"el aprovechamiento urbanístico de una finca, – en la medida que esté así reconocido en el planeamiento urbanístico–, que forma parte del contenido del dominio y por tanto está implícito en la descripción meramente perimetral de la finca registral, pueda independizarse y a modo de agregación pasar a formar parte de la finca a la que se transfiere haciéndose constar por nota marginal (cfr. artículo 77 Real Decreto 1.093/1997), o bien –a modo de segregación– pasar a formar finca registral independiente."

Por tanto, el derecho de aprovechamiento urbanístico, puede consignarse al margen de la finca de su razón por la vía de la nota marginal del Artículo 77 del Real Decreto 1.093/97, de 4 de julio en relación con los artículos 33 y 34 del mismo cuerpo legal, o bien hacer uso de las varias posibilidades de configuración de los almacenes o trasteros como supuesto de finca registral con apertura de folio independiente.

Efectivamente la normativa hipotecaria, (arts. 45 y siguientes y 52 del RD 1.093/1997), permite que los edificios o mejoras de los mismos que por accesión se incorporan a la finca, se inscriban en virtud de los títulos previstos por la Ley Hipotecaria, en este caso Decreto de adjudicación judicial, mediante el otorgamiento de Escritura de declaración de Obra nueva u obra terminada, debiendo concurrir en este último caso 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." Por tanto, se requiere el otorgamiento de Escritura de Obra nueva.

Congruentemente, el apartado 4 del artículo 28 del texto refundido de la Ley del Suelo y Rehabilitación Urbana aprobado por Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre, establece,

"En el caso de construcciones, edificaciones e instalaciones respecto de las cuales ya no proceda adoptar medidas de restablecimiento de la legalidad urbanística que impliquen su demolición, por haber transcurrido los plazos de prescripción correspondientes, la constancia registral de la terminación de la obra se registrará por el siguiente procedimiento:

a) Se inscribirán en el Registro de la Propiedad las escrituras de declaración de obra nueva que se acompañen de certificación expedida por el Ayuntamiento o por técnico competente, acta notarial descriptiva de la finca o certificación catastral descriptiva y gráfica de la finca, en las que conste la terminación de la obra en fecha determinada y su descripción coincidente con el título. A tales efectos, el Registrador comprobará la inexistencia de anotación preventiva por incoación de expediente de disciplina urbanística sobre la finca objeto de la construcción, edificación e instalación de que se trate y que el suelo no tiene carácter demanial o está afectado por servidumbres de uso público general.

b) Los Registradores de la Propiedad darán cuenta al Ayuntamiento respectivo de las inscripciones realizadas en los supuestos comprendidos en los números anteriores, y harán constar en la inscripción, en la nota de despacho, y en la publicidad formal que expidan, la práctica de dicha notificación".

De modo que el artículo 28.4 del texto refundido de la Ley del Suelo y Rehabilitación Urbana aprobado por RDL 7/2015, de 30 de octubre, para inscribir construcciones "respecto de las cuales ya no proceda adoptar medidas de restablecimiento de la legalidad urbanística que impliquen su demolición, por haber transcurrido los plazos de prescripción correspondientes", exige el otorgamiento de Escritura de Obra Nueva acompañada de,

- Certificación expedida por el Ayuntamiento o por técnico competente. Se acredita certificación del Ayuntamiento, que incorpora Informe de los Servicios técnicos, donde se deja constancia de la realización de obras sin licencia, entre ellas los trasteros como bien inscribible, así como de su fecha de terminación, y de la prescripción de las infracciones.

- Acta notarial descriptiva de la finca o certificación catastral descriptiva y gráfica de la finca, en las que conste la terminación de la obra en fecha determinada y su descripción coincidente con el título. Existe constancia de la certificación catastral conteniendo la descripción de los trasteros coincidente con el título.

- El Registrador comprobará la inexistencia de anotación preventiva por incoación de expediente de disciplina urbanística sobre la finca objeto de la construcción, edificación e instalación de que se trate y que el suelo no tiene carácter demanial o está afectado por servidumbres de uso público general.

- Los Registradores de la Propiedad darán cuenta al Ayuntamiento respectivo de las inscripciones realizadas en los supuestos comprendidos en los números anteriores, y harán constar en la inscripción, en la nota de despacho, y en la publicidad formal que expidan, la práctica de dicha notificación.

- Según Resolución de 3 de diciembre de 2012 de la Dirección General de Registros, tratándose de declaración de obras antiguas al amparo del artículo 20.4 (actualmente artículo 28.4) del texto refundido de la Ley del Suelo, con una antigüedad muy superior a la del transcurso del plazo de infracciones urbanísticas de la legislación de Andalucía, es competente la legislación del Estado en cuanto a los requisitos de documentación e inscripción en el Registro, no siendo necesario para la inscripción de las obras antiguas la presentación de certificación del ayuntamiento declarando si está o no está fuera de ordenación (RAFO).

- Tampoco es necesario presentar la licencia de ocupación, pues a efectos del artículo 28.4 una obra ilegal a efectos urbanísticos, no permite la obtención de licencia de ocupación, no siendo exigible dicha licencia respecto a los supuesto de dicho artículo 28.4.

Debidamente declaradas, las ampliaciones consistentes en dos plantas para uso de trasteros, se pueden inscribir como finca especial disgregada del suelo:

1. Mediante la apertura de folio independiente, configurándose el local de trasteros en su totalidad como una finca independiente dentro del edificio matriz en propiedad horizontal, es decir, que el local de trasteros se trate de uno más entre los

departamentos privativos que forman parte de la total finca matriz, abriéndose folio separado a dicho local.

Dentro de este supuesto,

a) Cabe que se produzca una subdivisión del local de los trasteros, formando trasteros con su propia descripción –como aquí sucede por mor de la descripción obrante en el Catastro– abriendo folio independiente conexo con el del local, y este a su vez conexo con el edificio o finca matriz general, dejando los elementos comunes en el folio del local subdividido

Abriéndose a continuación folios separados a cada uno de los trasteros, como procedentes o pertenecientes al citado local, y por mediación de él a la total finca matriz.

Sería este un supuesto de aplicación de triple folio, pues tendríamos, a) el folio general del edificio o finca matriz; b) el folio real del elemento privativo local de trasteros; y c) los folios reales de cada uno de los trasteros formados por subdivisión del local, que son fincas independientes.

b) Incluso cabe que los trasteros se configuren directamente, sin intermediación del local, como fincas independientes dentro de la división horizontal del total edificio y con su numeración correlativa en relación con los demás elementos privativos de la propiedad horizontal. Esta posibilidad dejaría los espacios del local no ocupados por trasteros como elementos comunes del total edificio y no como elementos comunes de los diferentes trasteros.

2. Una última posibilidad consiste en que, siendo el local de trasteros un departamento privativo dentro de la propiedad horizontal del edificio matriz, se abra folio separado a cada una de las participaciones indivisas de dicho local de trasteros, con asignación o atribución del uso exclusivo de un trastero, para que esa participación indivisa constituya finca registral especial, con su folio propio procedente del folio del local de trasteros, conforme a los artículos 68 del Reglamento Hipotecario y 53.b) del RD 1.093/1997.

Este último supuesto es el que propiamente constituye finca registral especial desligada del suelo, pues abre folio registral una cuota indivisa con carácter de finca registral conexas dentro de la propiedad horizontal del local destinado a trasteros, dentro de un edificio constituido en régimen de propiedad horizontal.

Tercero.–En este contexto, y a título de ejemplo, ya la Resolución de 13 de mayo de 1987, tras señalar que los marcos registrales no deben coartar las soluciones exigidas por las necesidades de las relaciones económicas, siempre que se respeten las normas fundamentales que estructuran el régimen inmobiliario, admitió la apertura de folio autónomo a una unidad subterránea destinada a local de aparcamiento, formado por la agrupación de diversas porciones de subsuelo segregadas de otras fincas, por ser objeto unitario de derechos. Y la resolución de 5 de abril de 2002, permitió la inscripción en el Registro de la propiedad, como finca independiente, de una unidad subterránea constituida por un volumen edificable bajo suelo de carácter público, previa la correspondiente desafectación como bien demanial de aquella unidad, configurándose como patrimonial.

En este caso concreto, construidas la plantas de trasteros sin amparo de licencia municipal, a falta de su declaración por el Sr. Promotor, la calificación criticada extrae la consecuencia que no pueden ser objeto de transmisión y gravamen como sobrante de edificación, "El lote 2 constituido por los 1.100 m2 de trasteros, que resultan ser los adjudicados, tampoco pudieron ser embargados por cuanto no son tampoco sobrante de edificación.", ya que falta su necesaria configuración como obra nueva conforme consta en el catastro:

"En efecto, nada impide que el objeto del respectivo negocio recaiga sobre el aprovechamiento urbanístico de la finca mientras permanece como parte integrante del contenido de las facultades dominicales de su titular, pero esa situación no puede

mantenerse en caso de que la transmisión que tales actos preparan llegue a materializarse. Así lo ha declarado la Dirección General de los Registros y del Notariado respecto del embargo, al afirmar que en caso de ejecución del embargo habrá de configurarse como finca independiente o adscribirse por nota marginal a otra finca, exigencia que deriva del principio de folio real que rige en nuestro sistema registral (cfr. artículos 7 y 8 de la Ley Hipotecaria y RDGRN de marzo de 1993 y 14 de febrero de 2003)." Entendía entonces la jurisprudencia, como entiende en este caso el Sr. Registrador, que "En todo caso, falta la previa configuración del derecho de edificabilidad como finca independiente o su adscripción por nota marginal a otra finca".

Siendo la anteriormente citada, la doctrina tradicional de la Dirección General de Registros a la que se acoge el Registrador para denegar la inscripción del Decreto de adjudicación, sucede que por norma estatutaria, la Declaración de obra nueva y división horizontal es también un derecho del Sr. Promotor y su sociedad, –parte ejecutada– que expresamente se reservó, "b).–Que en consecuencia se reservan el derecho a modificar la presente escritura de declaración de Obra Nueva y División Horizontal de la forma que fuere necesaria para reflejar lo anteriormente dicho". Escrituras de declaración o modificación que es necesario en este caso pedir judicialmente para integrar el título inscribible.

Así, la Resolución de 11 de julio de 2013, se ocupó del supuesto de inmatriculación de una finca que en el Catastro figuraba con una construcción, y sin embargo, en la escritura solo se describía el suelo que se pretendía inmatricular, sin la edificación. Igualmente en el Decreto de adjudicación se deja constancia de los – 1.047,41 m² de superficies destinadas a almacenes trasteros, que aquí se pretenden inmatricular con la edificación, mediante aportación de su descripción catastral y su configuración de la necesaria Escritura de Obra Nueva donde se haga constar la terminación.

Son claros y precisos los términos en los que se expresa el artículo 28.4) del TRLS, y mucho más después del RDL 7/2015, de 30 de octubre, vigente a la fecha, que es suficiente que la persona que declaró la Obra Nueva, en este caso el promotor en nombre de su sociedad –parte ejecutada– o en este caso por otorgamiento judicial, integre el título mediante Escritura complementaria de Obra Nueva, acompañada de la documentación mencionada en dicho artículo y concordantes del RD 1093/1997, de 4 de julio.

La errónea indicación de un defecto inexistente, –contra lo dispuesto en los artículos citados–, según el cual los – 1.047,41 m² de trasteros "que resultan ser los adjudicados, tampoco pudieron ser embargados por cuanto no son tampoco sobrante de edificación" como no consta que lo sean los – 161,67 m² excedidos de vivienda en bloque, perjudica claramente los derechos e intereses legítimos de esta parte.

Establecido este "doble vínculo" de las plantas de trasteros con los metros excedidos de vivienda en bloque, en relación con el sobrante de edificación existente en parcela, no cabe su configuración como finca independiente o su adscripción por nota marginal a otra finca. Señalando a continuación la calificación recurrida, "En todo caso, falta la previa configuración del derecho de edificabilidad como finca independiente o su adscripción por nota marginal a otra finca".

Se nos llama a acometer dos direcciones de acción que se excluyen mutuamente, de manera que si solicitamos el otorgamiento de Escritura de Obra Nueva complementaria que ampare los inmuebles objeto de adjudicación, estos no son sobrante de edificación como no lo son los metros excedidos de vivienda en bloque. Pero si no solicitamos el otorgamiento de Escritura, evidentemente, falta la previa configuración del derecho de edificabilidad como finca independiente, puesto que es preciso integrar el título mediante Escritura complementaria de Obra Nueva, que además ha de solicitarse judicialmente.

Pero al mismo tiempo, se nos impide todo comentario sobre esta paradoja, pues se nos deniega la configuración del derecho inscribible con escritura y sin escritura, con el agregado de que no debemos enterarnos que esto es así, pues ni tan siquiera se habla en la calificación al interesado de esta posibilidad conforme al ordenamiento vigente.

En definitiva, la calificación criticada no solo no nos protege, no nos guía, no nos acompaña, no nos da los recursos cuando se supone que es parte de lo que tiene que hacer, sino que nos introduce en una contradicción.

En virtud de lo expuesto, invocando los preceptos citados y demás de pertinente aplicación,

Al Sr. registrador de la Propiedad para ante la Dirección General de los Registros y el Notariado Solicito, Que teniendo por presentado este escrito, se sirva admitirlo con la documentación que lo acompaña, tenga por interpuesto Recurso contra la calificación referida, y en mérito a lo expuesto, previos los trámites legales oportunos, estime el presente recurso por ser contrario a Derecho el acto impugnado, y en su consideración se digne revocar la calificación impugnada en el sentido que el título presentado es inscribible mediante el otorgamiento de escritura de declaración de obra nueva revestida de los requisitos legales».

IV

El registrador emitió informe el día 6 de abril de 2018, ratificándose íntegramente en el contenido de la nota de calificación impugnada y remitió el expediente a este Centro Directivo.

Fundamentos de derecho

Vistos los artículos 9, 21, 23 y 30 de la Ley Hipotecaria; 51 del Reglamento Hipotecario; 33 a 44 y 77 del Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio, por el que se aprueban las normas complementarias al Reglamento para la ejecución de la Ley Hipotecaria sobre Inscripción en el Registro de la Propiedad de Actos de Naturaleza Urbanística; 11, 12, 14 y 26 del Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana; 185 de la Ley 7/2002, de 17 de diciembre, de Ordenación Urbanística de Andalucía; 119.2 del Real Decreto 1373/2009, de 28 de agosto, por el que se aprobó el Reglamento General de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas; las Sentencias del Tribunal Supremo, Sala Primera, de 6 de marzo de 1993 y 22 de octubre de 2015 y, Sala Tercera, de 21 de febrero de 1994, 1 de febrero de 2006, 15 de diciembre de 2010 y 22 de enero de 2016, y las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 20 de noviembre de 1998, 27 de febrero de 1999, 23 de octubre de 2001, 26 de junio de 2006, 30 de mayo de 2009, 14 de junio de 2011, 13 de abril y 22 de julio de 2016 y 17 de marzo de 2017.

1. El recurso objeto de este expediente no incluye el defecto relativo a la falta de indicación de si el régimen económico–matrimonial de separación de bienes del adquirente es el legal supletorio por razón de su vecindad civil o uno convencional, por lo que este defecto queda excluido igualmente de la presente resolución cuyo ámbito objetivo queda delimitado por el contenido de la calificación y del recurso interpuesto contra la misma (cfr. artículo 326 de la Ley Hipotecaria).

2. Así delimitado el objeto de la presente, para la resolución de la cuestión debatida resultan relevantes los siguientes antecedentes que se desprenden del contenido de las actuaciones practicadas, y cuya detallada reseña resulta imprescindible para la adecuada comprensión de las cuestiones suscitadas dada su relativa complejidad:

a) Mediante escritura pública de fecha 31 de julio de 2001, y en relación con una parcela de terreno de 5.000 metros cuadrados correspondiente a determinada urbanización sita en el término municipal de Mijas, la entidad mercantil titular registral del dominio de la parcela, «Fomento Inmobiliario Costa del Sol, S.A.», procede a formalizar la declaración de obra nueva en construcción y constitución en régimen de propiedad horizontal de un conjunto residencial integrado por un conjunto de cuatro bloques o

edificios, cada uno de los cuales consta de cinco plantas o niveles sobre rasante y una planta sótano bajo rasante y común al respectivo edificio, destinada a garaje. El conjunto residencial consta de 84 viviendas, a las cuales se asigna como anejo el uso y disfrute con carácter exclusivo de una plaza de garaje situada en el sótano del respectivo edificio.

b) De la citada escritura de declaración de obra nueva y división horizontal resulta, además, que se construirán zonas deportivas o de esparcimiento, que serán elementos comunes del conjunto, y se declara que «quedarán como elementos comunes del Conjunto, además del terreno no ocupado por el propio Conjunto Residencial, todos los consignados por el artículo 396 del Código civil», y como normas de carácter estatutario se incluyen las dos siguientes:

– se prevé la constitución de una comunidad general de propietarios para todo el conjunto, y otra comunidad particular para cada bloque, fijándose cuotas de participación separadas a cada propietario para cada una de tales comunidades;

– la segunda, relacionada directamente con el objeto de la presente, copiada literalmente dice así: «– Habida cuenta que según manifiesta el señor compareciente tienen derecho a un mayor volumen edificable, que por no poder determinar en este momento no pueden traducir en una reserva del derecho de elevar nuevas plantas por no poder especificar las circunstancias a que se refiere el artículo 16 del vigente Reglamento Hipotecario, hacen constar: a) Que en todo caso se reservan el derecho a construir en las zonas comunes o bien sobre el vuelo de los edificios anteriormente declarados el total volumen edificable a que con arreglo a ley tengan derecho. b) Que en consecuencia se reservan el derecho a modificar la presente escritura de declaración de obra nueva y división horizontal de la forma que fuere necesario para reflejar lo anteriormente dicho. c) Que se obligan a notificar todos estos extremos a los adquirentes de las viviendas, sin perjuicio de que estos vengan legalmente vinculados por el contenido de las presentes normas estatutarias. A estos efectos se entenderá que los compradores de dichas viviendas (o plazas de garajes, en su caso) autorizan ampliamente a los representantes de la sociedad para que hagan cuanto interese a los efectos anteriores».

Esta segunda estipulación estatutaria no consta inscrita en el Registro de la Propiedad.

c) Consta extendida en el Registro con fecha 20 de octubre de 2009 anotación preventiva de embargo sobre el «sobrante de edificabilidad» de la finca sobre la que se asienta el referido complejo residencial (correspondiente al derecho a construir en las zonas comunes o sobre el vuelo de los edificios del complejo en cuanto al total volumen edificable permitido por la ley que se reservó la promotora), que fue practicada en virtud del correspondiente mandamiento judicial en unión de certificación urbanística del Ayuntamiento de descripción del citado exceso de edificabilidad existente sobre la parcela, transcrita en la mencionada anotación preventiva, en la que se especifica, entre otros extremos, lo siguiente: «Respecto a la licencia de obras concedida, quedan 464 m² de edificabilidad por consumir, al haberse consumido solamente 6.186,00 m² –1,24m² de techo edificable/m² de suelo, para la superficie total de la parcela –5.000 m². La edificación que obtuvo licencia ocupa un 36,14% de la parcela –1.087,00 m² ocupados, estando permitida una ocupación máxima del 40 por ciento respecto a la superficie de la parcela –2.000 m² de ocupación máxima permitida para una superficie de parcela de 5.000 m²–, por lo que podría aumentarse la ocupación sobre la misma en 193 m². No obstante, a efectos de edificabilidad y ocupación sin consumir, hay que tener en cuenta que con fecha 2/08/2005, se elaboró un informe por la Oficina Técnica del que se desprende que se han ejecutado obras no amparadas en la licencia de obras concedida, correspondientes a: –161,67 m² de vivienda en bloque –casetones– 1.047,41 m² de sótano –trasteros– La totalidad de estas obras supone un exceso de edificabilidad sobre el Proyecto que obtuvo licencia y está pendiente de legalizar. Para legalizarlas sería necesario aportar un Proyecto Visado redactado por Técnico Competente recogiendo la

totalidad de las obras y solicitar la correspondiente licencia de obras. Los 167,67 m² de vivienda, en caso de legalizarse, consumirían edificabilidad, a añadir a los 6.186,00 m² de techo ya consumidos. Con respecto a los 1.047,41 m² de sótano, en caso de legalizarse, se trataría de una edificabilidad no computable – en sótano los usos de aparcamiento, trasteros o almacenes ligados a las viviendas no computan a efectos de la superficie de techo máximo edificable, según el Art. 192 del P.G.O.U. Vigente –.».

Esta anotación preventiva fue practicada en virtud de Resolución de este Centro Directivo de 30 de mayo de 2009 (2.^a), que estimó el recurso interpuesto contra la denegación acordada en su momento, y en cuya Resolución se afirmó igualmente que:

– «la calificación urbanística aportada [en referencia a la certificación antes reseñada] junto con el mandamiento de embargo, permite delimitar suficientemente el aprovechamiento urbanístico perteneciente a la finca embargada, de manera que ningún obstáculo existe a la práctica del embargo sobre él»;

– la anotación del embargo «deberá hacerse constar –previa delimitación del mismo– en el folio de la finca»;

– «Sólo en el caso de ejecución del embargo podrá configurarse como finca independiente o adscribirse por nota marginal a otra finca»; y que

– «el exceso de edificabilidad sobre la parcela se lo reservó expresamente el promotor en la escritura de declaración de obra nueva y división horizontal sobre la misma. Por lo que ningún inconveniente existe, desde la perspectiva del tracto sucesivo, a la anotación preventiva del embargo sobre ese exceso de edificabilidad –verdadero derecho de aprovechamiento urbanístico materializable– pues aún es parte del contenido de la finca registral y por tanto aún está inscrito a favor de la sociedad promotora ejecutada (...)».

d) En el procedimiento ejecutivo de que trae causa la resolución judicial cuya calificación motiva la presente, y previos los trámites legales oportunos por resolución de 5 de julio de 2011 se acordó anunciar la venta en pública subasta del referido sobrante de edificabilidad en los siguientes lotes: «lote 1) 161,67 metros cuadrados de vivienda en bloque (casetones): 62.700 euros; lote 2) 1.047,41 metros cuadrados de trasteros valorado en 265.850 euros, y lote 3) 302,33 metros cuadrados de superficie edificable vivienda valorado en 136.050 euros». No habiendo comparecido ningún postor a la subasta, y habiendo solicitado el ejecutante la adjudicación del lote 2 referente a 1.047 metros cuadrados de trasteros por valor de 159.510 euros correspondientes al 60% del valor de tasación, por decreto del secretario judicial del referido Juzgado de fecha 4 de noviembre de 2011 se acordó adjudicar dicho inmueble al referido ejecutante.

El testimonio del citado decreto se presentó en el Registro acompañado de la escritura de declaración de obra nueva y división horizontal del complejo residencial antes referida, y del informe expedido el 18 de abril de 2017 por la letrada de la Asesoría Jurídica del Ayuntamiento de Mijas, doña E. T. D., del que en relación con la existencia de las obras ejecutadas sin estar amparadas en la licencia de obras otorgada y respecto de la prescripción de la acción con la que cuenta la administración para exigir el restablecimiento del orden jurídico perturbado resulta que «(...) de conformidad con lo dispuesto en el artículo 185 de la Ley 7/2002, de 17 de diciembre, de Ordenación Urbanística de Andalucía, habría transcurrido el plazo de seis años que tiene la Administración para ejercer la potestad de protección de la legalidad urbanística».

No constando inscrita en el Registro la declaración de las obras a que se refiere dicho informe.

3. El registrador suspende la inscripción solicitada en base a la amplia fundamentación que queda recogida en los antecedentes de hecho de la presente, y en la que suscita en esencia las siguientes cuestiones:

a) la anotación preventiva de embargo del que trae causa la adjudicación debatida se practicó, como se ha dicho, en virtud de la Resolución de este Centro Directivo de 30

de mayo de 2009, sobre «el sobrante de edificabilidad, en los términos expresados», es decir, en los términos descritos en el informe de la Oficina Técnica Municipal del Ayuntamiento de Mijas de 14 de enero de 2008, del que resultaba un sobrante de edificabilidad en relación con la licencia concedida de 462 metros cuadrados, pendientes de consumir, si bien hay que tener en cuenta que se han ejecutado obras no amparadas en la licencia concedida (correspondientes a 161,67 metros cuadrados de vivienda en bloque –casetones– y 1.047,41 metros cuadrados de sótano –trasteros–), cuyas obras suponen un exceso de edificabilidad sobre el proyecto que está pendiente de legalizar. En caso de legalización la parte de obras correspondientes a trasteros en sótano no consumiría edificabilidad (al no computar a efectos de superficie de techo máximo edificable), pero sí los 161,67 metros cuadrados de casetones, que reducirían el exceso pendiente de consumir antes citado. Por lo que, a juicio del registrador, el sobrante de edificabilidad objeto de la traba (único que por tanto podría subastarse y adjudicarse) serían 462 metros cuadrados reducidos en los 161,67 metros cuadrados construidos sin amparo en la licencia concedida y pendientes de legalizar. Por tanto, el lote 2 referente a la construcción de los trasteros en sótanos, según el criterio del registrador, no fue nunca embargado por no ser sobrante de edificabilidad.

b) Tampoco es posible, a juicio del registrador, adjudicar en virtud del procedimiento de ejecución seguido como «sobrante de edificabilidad» lo «edificado no legalizado», por lo que tampoco cabría incluir en la adjudicación las obras relativas a la construcción de los casetones que consumen techo de edificabilidad, respecto de las cuales, además, existe incertidumbre sobre si lo edificado pendiente de legalizar se encuentra inscrito como finca independiente dentro del conjunto residencial; si corresponde en parte a alguno o varios de los elementos que conforman la división horizontal; o forma parte de los elementos comunes del conjunto residencial. Por lo que la inscripción de dicha adjudicación vulneraría los principios de exactitud y claridad que deben regir los derechos que pretenden su acceso al Registro.

c) Respecto del lote 3, formado por los 303 metros cuadrados de vivienda (que se corresponden con la diferencia entre el sobrante de edificabilidad y los metros en que éste se reduciría si se legalizan los metros cuadrados destinados a viviendas excedidos de lo permitido en la licencia concedida), es lo que podría haberse subastado y adjudicado, siempre que lo hubiera sido como tal sobrante de edificabilidad y no como metros de superficie edificable de vivienda. En todo caso este lote (al igual que el lote 1) quedan fuera de este expediente al no haber sido objeto de adjudicación en el procedimiento de ejecución judicial.

d) En todo caso, falta la previa configuración del derecho de edificabilidad como finca independiente o su adscripción por nota marginal a otra finca, exigencia que deriva, a juicio del registrador, de principio de folio real que rige en nuestro sistema registral.

e) Además, las fincas que conforman la división horizontal han sido en su totalidad transmitidas a terceros que no han sido demandados en el procedimiento que han motivado los documentos calificados.

En realidad todas estas cuestiones no son propiamente defectos independientes, sino obstáculos o motivos de suspensión de la inscripción que están íntimamente interrelacionadas, son interdependientes entre sí, por lo que deben ser analizadas de forma conjunta y unitaria.

4. Antes de entrar a examinar las cuestiones suscitadas en la calificación objeto de este expediente procede realizar una serie de consideraciones sobre la doctrina de este Centro Directivo en relación al aprovechamiento urbanístico como objeto de derecho y de tráfico jurídico.

El artículo 11 del Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre, que prueba el texto refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana, dispone que el régimen urbanístico de la propiedad del suelo es estatutario y resulta de su vinculación a concretos destinos, en los términos dispuestos por la legislación sobre ordenación territorial y urbanística. La previsión de edificabilidad por la ordenación territorial y

urbanística, por sí misma, no la integra en el contenido del derecho de propiedad del suelo. La patrimonialización de la edificabilidad se produce únicamente con su realización efectiva y está condicionada en todo caso al cumplimiento de los deberes y el levantamiento de las cargas propias del régimen que corresponda, en los términos dispuestos por dicha legislación, requiriendo todo acto de edificación del correspondiente acto de conformidad, aprobación o autorización administrativa que sea preceptivo.

Desarrollando el contenido estatutario del derecho de propiedad del suelo, se añade, en el artículo 12, que el derecho de propiedad del suelo comprende las facultades de uso, disfrute y explotación del mismo conforme al estado, clasificación, características objetivas y destino que tenga en cada momento, de acuerdo con la legislación en materia de ordenación territorial y urbanística aplicable por razón de las características y situación del bien. Comprende asimismo la facultad de disposición, siempre que su ejercicio no infrinja el régimen de formación de fincas y parcelas y de relación entre ellas establecido en el artículo 26. Las facultades del propietario alcanzan al suelo y al subsuelo hasta donde determinen los instrumentos de ordenación urbanística, de conformidad con las leyes aplicables y con las limitaciones y servidumbres que requiera la protección del dominio público (superando así el viejo aforismo romano «usque ad sidera usque ad inferos», vid. Resolución de 5 de abril de 2002).

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

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

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

5. Respecto al régimen del aprovechamiento urbanístico subjetivo, la Sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 15 de diciembre de 2010, seguida por la de 22 de enero de 2016, señala que «el contenido económico del derecho de propiedad del suelo es el que corresponde a su valor inicial, es decir, al de un terreno no urbanizable, que sólo tiene el aprovechamiento agrícola, ganadero o forestal propio de su naturaleza.

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

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

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

situación de fuera de ordenación y de su específico régimen de valoración patrimonial (en este sentido, las Sentencias del Tribunal Supremo, Sala Tercera, Sección Quinta, de 12 de mayo, 26 de septiembre y 9 de noviembre de 2006, 6 de febrero y 9 de julio de 2007, 4 de febrero y 29 de abril de 2009 y 29 de diciembre de 2010).

Ciertamente, como ha reconocido esta Dirección General –vid. Resoluciones de 14 de junio de 2011, 13 de abril y 22 de julio de 2016 y 17 de marzo de 2017–, el aprovechamiento urbanístico subjetivo reconocido al propietario, como parte que es de las facultades de aprovechamiento que el derecho de propiedad sobre una finca determinada atribuye a su titular, puede ser objeto negociación jurídica, ordinariamente vinculada a la titularidad de la finca, aunque nada impide, en vía de principios, que sea el aprovechamiento, y no la finca, el objeto del negocio ni que el aprovechamiento se disocie de la propiedad de la finca de que procede de modo similar a como se disgregan otras facultades del dominio mediante la constitución de derechos reales limitados (v.gr. derecho de superficie o de aprovechamiento especial). Así, siempre que la legislación y/o el planeamiento urbanístico lo permitan, cabe la celebración de un negocio cuyo objeto sea la transferencia de aprovechamiento entre fincas distintas, de forma que quede disminuido el aprovechamiento urbanístico de una finca, en favor de otra, la finca de destino, que acrece su contenido de aprovechamiento en la misma medida en que la de origen lo disminuye, de manera estructuralmente parecida a lo que sucede cuando por medio de una agregación se reduce la superficie de una finca y se aumenta la de otra.

El negocio de transferencia de aprovechamiento, sujeto, en principio, al régimen de disposición de bienes inmuebles, puede darse entre particulares o con la Administración, puede ser puramente voluntario o de carácter forzoso –como sucede en este caso– o, por su función, puede ser de mera adquisición patrimonial o servir de técnica de gestión urbanística, cuando lo permita la respectiva legislación (vid. Resolución de 17 de marzo de 2017).

6. Por otra parte, desde el punto de vista de las fincas a las que afecta, el negocio de transferencia se puede producir entre fincas de un mismo propietario, supuesto en que será éste quien la determine por acto unilateral, o entre fincas de propietarios diferentes, supuesto en que hará falta un negocio jurídico entre los mismos (o su procedimiento de realización forzosa como en el supuesto del presente expediente), cualquier que sea la causa onerosa o gratuita del mismo, negocio que deberán igualmente consentir los titulares registrales de cualesquiera otros derechos reales sobre las fincas. Ahora bien, para ello es necesario obviamente que las fincas cumplan las condiciones urbanísticas exigidas por el correspondiente instrumento de planeamiento.

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

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

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

Y es igualmente cierto que la legislación hipotecaria, y más precisamente el artículo 39 del Real Decreto 1093/1997, por el que se aprueban las normas complementarias al Reglamento Hipotecario para la inscripción de actos de naturaleza urbanística, permite que el aprovechamiento urbanístico se inscriba como finca especial disgregada del suelo, a modo de segregación de parte de su contenido, y mediante apertura de folio

independiente, en los siguientes casos: a) cuando la Administración solicite que el aprovechamiento que le corresponda se inscriba bajo esta modalidad, como disgregado de la finca o fincas de que procede; b) cuando tenga lugar la ocupación directa de fincas mediante el reconocimiento de unidades de aprovechamiento en los casos previstos por las leyes; c) en los casos de expropiación forzosa de fincas determinadas en los que el justiprecio consista en la atribución posterior de fincas futuras pendientes de formación, y d) en los sistemas de gestión privada en que la ejecución de la urbanización corresponde a los particulares, cuando una cuota de valor de las mismas se haga constar en unidades convencionales de aprovechamiento y se adjudiquen éstas a empresas urbanizadoras o se transmitan por cualquier título a tercero, antes de la aprobación definitiva del proyecto de equidistribución correspondiente.

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

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

7. En efecto, como ha señalado la doctrina de este Centro Directivo (vid. Resolución de 30 de mayo de 2009 precisamente dictada con ocasión del recurso interpuesto contra la denegación a la práctica de la anotación preventiva de embargo de la que trae causa la adjudicación ahora debatida), no cabe duda de que el concepto de finca registral hoy en día no se limita a su consideración perimetral, sino que abarca también su edificabilidad. En este sentido, esta Dirección General tuvo ya oportunidad de afirmar la posibilidad de configurar como finca independiente el volumen edificable existente en el subsuelo (cfr. Resolución de 5 de abril de 2002) y el propio texto refundido de la Ley del suelo de 2008 sancionó esta concepción moderna de finca en su artículo 17, número 1.a), hoy artículo 26, cuando establece que: «1. Constituye: a) Finca: la unidad de suelo o de edificación atribuida exclusiva y excluyentemente a un propietario o varios en proindiviso, que puede situarse en la rasante, en el vuelo o en el subsuelo. Cuando, conforme a la legislación hipotecaria, pueda abrir folio en el Registro de la Propiedad, tiene la consideración de finca registral. b) Parcela: la unidad de suelo, tanto en la rasante como en el vuelo o el subsuelo, que tenga atribuida edificabilidad y uso o sólo uso urbanístico independiente», permitiendo constituir un complejo inmobiliario sobre una sola finca o sobre varias, sin necesidad de previa agrupación, cuando los instrumentos de ordenación urbanística destinen superficies superpuestas, en la rasante y el subsuelo o el vuelo, a la edificación o uso privado y al dominio público, con carácter de fincas especiales de atribución privativa, previa la desafectación y con las limitaciones y servidumbres que procedan para la protección del dominio público. Tales fincas podrán estar constituidas, tanto por edificaciones ya realizadas, como por

suelos no edificados, siempre que su configuración física se ajuste al sistema parcelario previsto en el instrumento de ordenación.

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

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

En tal situación se ha admitido el acceso al Registro de una opción de compra sobre la totalidad del aprovechamiento urbanístico que corresponda a una finca aportada por el concedente de la opción a una junta de compensación, con objeto de que dicha opción alcance, con plena eficacia de subrogación real, a las fincas de reemplazo en que se materialicen finalmente los derechos de aprovechamiento (cfr. Resolución de 23 de octubre de 2001). Igualmente se ha admitido en la misma situación, como ya se ha dicho, la anotación preventiva de embargo del exceso de edificabilidad (descrito con todas las circunstancias y detalles que exige el artículo 34 del Real Decreto 1093/1997) que corresponda a cierta finca registral, y que consta inscrito a favor del promotor, cumpliendo el tracto sucesivo (cfr. Resolución de 30 de mayo de 2009).

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

Por ello es posible que tales actos (opción y embargo) puedan reflejarse en el folio de la finca de origen a que corresponde el aprovechamiento urbanístico afectado, cumpliendo las exigencias del principio de especialidad (en este caso en el folio de la finca matriz del conjunto residencial dividido horizontalmente), pero esa situación no puede mantenerse en caso de que la transmisión que tales actos preparan llegue a materializarse. Así lo ha declarado este Centro Directivo respecto del embargo en la reiterada Resolución de 30 de mayo de 2009, al afirmar que en caso de ejecución del embargo habrá de configurarse como finca independiente o adscribirse por nota marginal a otra finca, lo que requerirá previamente, cuando concurren diversos titulares, configurar el correspondiente régimen de comunidad de derechos recayentes sobre el territorio,

exigencia que deriva del principio de folio real que rige en nuestro sistema registral (cfr. artículos 7 y 8 de la Ley Hipotecaria y 54 del Reglamento Hipotecario).

8. A la luz de las consideraciones anteriores el recurso no puede prosperar. Sin necesidad de prejuzgar ahora la viabilidad legal de dividir el derecho embargado (el reiterado sobrante de edificabilidad) en distintos lotes al objeto de su subasta separada (correspondiendo dos de ellos a excesos de edificación en relación con lo previamente autorizado en la licencia de obras, en un caso computable a efectos de consumir superficie de techo edificable –la obra de los casetones en vivienda–, y en el otro no computable a tales efectos por su ubicación en sótanos bajo rasante; y el tercero al aprovechamiento urbanístico pendiente de materializar), es lo cierto que, centrándonos en el lote 2 que fue objeto de adjudicación (1.047,41 metros cuadrados de trasteros en sótano), no puede entenderse incluido en el previo embargo, pues éste se limitó a un concreto sobrante de edificabilidad en relación con el aprovechamiento urbanístico patrimonializable correspondiente a la finca, conforme a la legislación y el planeamiento aplicable, y de acuerdo con la especificación contenida en la correspondiente certificación municipal en la que se contenía la precisa descripción de dicho derecho de aprovechamiento urbanístico, cuantificado en 464 metros cuadrados (al haberse consumido solamente 6.186,00 metros cuadrados –1,24 metro cuadrado de techo edificable/metro cuadrado de suelo, para la superficie total de la parcela –5.000 metros cuadrados), de los cuales 167,67 metros cuadrados de vivienda, ya se habrían materializado, si bien pendiente de su legalización al haber excedido lo autorizado en la licencia previa, para lo cual, dada la prescripción de la acción de reposición o protección de la legalidad urbanística, deberá el interesado solicitar la declaración de tales obras en situación de asimilado a la de fuera de ordenación, tal y como señala el informe de la letrada del Ayuntamiento de Mijas de 18 de abril de 2017, reseñado en los antecedentes de hecho de esta Resolución.

Ni de la certificación municipal descriptiva del aprovechamiento urbanístico embargado (en los términos exigidos por el artículo 34 del Real Decreto 1093/1997), ni del asiento de la anotación preventiva de embargo resulta haber sido objeto de la traba ni tener la consideración de aprovechamiento urbanístico patrimonializable la superficie construida bajo rasante en el nivel de planta sótano de los 1.047,41 metros cuadrados destinados a trasteros, que ni están previstos en el plan, ni fueron objeto de autorización mediante licencia, ni han sido legalizados mediante su declaración de asimilado a fuera de ordenación, ni tenían la consideración previa de «sobrante de edificabilidad» (concepto referido a superficie de edificabilidad consumible y no consumida, y no a construcciones extralimitadas respecto de las que no proceda la acción de restablecimiento de la legalidad urbanística vulnerada por prescripción), ni finalmente tales construcciones pueden entenderse amparadas y cubiertas por la cláusula estatutaria incorporada a la escritura de declaración de obra nueva y constitución en régimen de propiedad horizontal del conjunto residencial en que se integran tales construcciones, pues bien a las claras dicha cláusula circunscribe la reserva del derecho a construir en las zonas comunes o en el vuelo de los edificios del complejo al «total volumen edificable a que con arreglo a la ley tenga derecho», lo que en buena lógica excluye de su ámbito los excesos de construcción sobre lo previsto en el plan y autorizado en la licencia, que por ello mismo no forma parte del aprovechamiento urbanístico patrimonializable, sin perjuicio de las consecuencias jurídicas derivadas de su consideración de asimilado a fuera de ordenación en caso de que, previo el correspondiente expediente administrativo, se declarase tal condición.

Pero es que, incluso en el caso de que lo subastado y adjudicado fuese en puridad lo que se embargó, esto es, el sobrante de edificabilidad concretado en la forma en que figura en la anotación preventiva, y cuyos términos reproducen los contenidos en la certificación administrativa que se expidió con tal finalidad descriptiva del citado derecho, ya advertía la Resolución de este Centro Directivo de 30 de mayo de 2009 que si bien la anotación preventiva de embargo del reiterado derecho de sobrante de edificabilidad se debía hacer constar en el folio de la finca (en la matriz de la propiedad horizontal), sin

embargo en el caso de llegar a la ejecución del embargo se requería su configuración jurídico–real con arreglo a las exigencias de nuestro sistema registral y del folio real, lo que resulta especialmente relevante al haberse materializado o ejecutado las correspondientes obras (en la hipótesis de que fuese admisible la consideración de la superficie de trasteros adjudicada como procedente de la materialización del sobrante de edificabilidad).

De hecho es el propio recurrente, en su escrito de interposición, el que repasa las distintas posibilidad de configuración jurídico–real de los nuevos trasteros (configurando cada trastero como finca registral independiente, abriendo folio al local de los trasteros y subdividiendo éste en nuevos fincas independientes para cada trastero, o asignando derechos de uso exclusivo como anexo de cuotas indivisas, etc.), previa la necesaria declaración de la correspondiente ampliación de obra nueva, con independencia de que por razón de la antigüedad de las obras pueda ampararse en el régimen previsto en el artículo 28.4 de la vigente Ley del Suelo. En este caso ni se ha formalizado la necesaria declaración de ampliación de obra nueva (con integración de los requisitos previstos en la legislación urbanística y sectorial), ni se ha llevado a cabo la imprescindible configuración jurídico–real de tales trasteros, ni la correspondiente modificación en el régimen de la propiedad horizontal (número de elementos privativos, recálculo de las cuotas de participación en los elementos comunes, etc.). La necesidad de llevar a cabo estas operaciones con carácter previo a la posible inscripción de las nuevas entidades privativas resultantes de la citada ampliación de la obra nueva es lo que justifica la previsión contenida en la escritura de declaración de obra nueva y constitución en régimen de propiedad horizontal, en la que complementariamente a la reserva del sobrante de edificabilidad, el promotor otorgante de la escritura incorporo la siguiente cláusula: "b) Que en consecuencia se reservan el derecho a modificar la presente escritura de declaración de obra nueva y división horizontal de la forma que fuere necesario para reflejar lo anteriormente dicho».

Todo esto no es ignorado por el recurrente, quien en el "petitum» de su escrito impugnativo solicita que estimándose el recurso se revoque la calificación impugnada "en el sentido de que el título presentado es inscribible mediante el otorgamiento de escritura de declaración de obra nueva revestida de los requisitos legales». Lo que sucede es que con ello viene a reconocer la existencia de uno de los obstáculos señalados por el registrador para acceder a la inscripción pretendida, e imposibilita de plano la estimación del recurso pues éste necesariamente "deberá recaer exclusivamente sobre las cuestiones que se relacionen directa e inmediatamente con la calificación del Registrador, rechazándose cualquier otra pretensión basada en otros motivos o en documentos no presentados en tiempo y forma», conforme a lo establecido en el artículo 326 de la Ley Hipotecaria, lo que «a fortiori» obliga a rechazar cualquier argumento o petición basada en documentos no sólo no presentados sino directamente inexistentes al tiempo de la calificación, lo que sería tanto como asumir este Centro Directivo la competencia sobre la calificación de un documento futuro, avocando así una competencia que corresponde al registrador en exclusiva (cfr. artículo 18 de la Ley Hipotecaria) y anticipándola a un momento previo a la propia existencia del documento.

9. Todo lo anterior se ha de sumar al hecho de que en el momento de presentarse el testimonio del decreto de adjudicación en el Registro la anotación preventiva de embargo ha caducado, y que la reserva de los derechos sobre la edificabilidad futura por parte del promotor, según resulta del expediente, no llegó a inscribirse en el Registro, por lo que la objeción señalada igualmente por el registrador en su calificación relativa a la existencia de terceros adquirentes de las viviendas que no han sido parte en el procedimiento judicial de ejecución resulta asimismo relevante conforme al principio del tracto sucesivo (cfr. artículo 20 de la Ley Hipotecaria), tanto más cuanto que al no ser la planta sótano destinada a trasteros, en puridad de conceptos, una materialización del sobrante de edificabilidad reservado por el promotor en el título constitutivo de la propiedad horizontal, sino una obra excedentaria sobre la autorizado por la licencia pendiente de legalización, ejecutada en el subsuelo de un elemento común del inmueble

(el propio suelo ex artículo 396 del Código civil), fácilmente podría darse la hipótesis de que tales terceros adquirentes defiendan la tesis de que tal ampliación de obra, no amparada en la reiterada reserva ni en otro derecho de vuelo o subedificación formalmente constituido, haría de revertir en los propios elementos comunes como ampliación de los mismos. Téngase en cuenta que la aplicación del principio de accesión sobre lo edificado en elemento común conlleva la atribución del mismo carácter y su incorporación, como tal, al régimen de propiedad horizontal.

En efecto, la finca matriz aparece como una unidad, sujeta al régimen de propiedad horizontal e integrada por una pluralidad de elementos privativos, así como por una serie de elementos comunes. Nada hay en el folio que permita sostener que el régimen jurídico de la finca es otro distinto al de la propiedad horizontal lo que determina la caracterización como elementos comunes de todos aquellos a los que no se les ha atribuido el carácter de privativos y, entre ellos, el suelo y el vuelo de la total finca, a excepción de «el derecho a construir en las zonas comunes o bien sobre el vuelo de los edificios anteriormente declarados el total volumen edificable a que con arreglo a ley tengan derecho», siendo así que respecto del lote 2 adjudicado, como hemos dicho, no estamos en presencia de un aprovechamiento urbanístico patrimonializable, sino ante obras ejecutadas con infracción de la legalidad urbanística aplicable susceptibles de legalización mediante un expediente de declaración en situación asimilada a la de fuera de ordenación por prescripción de la acción de reposición. Como ha señalado este Centro Directivo, el aprovechamiento subjetivo, en cuanto facultad que el derecho de propiedad sobre una finca determinada atribuye a su titular, no queda sin más sometida a la voluntad del titular o de los titulares de la mismas, sino que en todo caso requerirá su conformidad con la legislación y el planeamiento urbanístico circunstancias que solo podrán acreditarse mediante la intervención de la Administración actuante –Resolución de 13 de abril de 2016–, conformidad con la legalidad y el planeamiento urbanístico que, como se ha señalado, aquí no concurre.

Esta Dirección General ha reiterado que en el régimen de propiedad horizontal es elemento común todo aquello que no se configura como privativo (vid. Resoluciones de 5 de octubre de 2000 y 27 de enero de 2006, entre otras), como consecuencia del carácter compartido del sustrato que le sirve de base, por lo que es el contenido del título constitutivo el que determina, de forma genérica y por exclusión, lo que no constituye elemento privativo del régimen. Así ocurre en el supuesto de hecho que da lugar a la presente en que, no resultando otros elementos privativos distintos de las viviendas que en el mismo se integran, y sin perjuicio de la reiterada reserva sobre el sobrante de edificabilidad, constituyen elementos comunes el resto y, entre ellos, el suelo y subsuelo. Por lo demás, incluso obviando el obstáculo anterior, falta asimismo en el supuesto de hecho de este expedientes, la oportuna declaración de la ampliación de la obra nueva y la modificación del régimen de propiedad horizontal, con la creación de un nuevo elemento independiente (o una pluralidad de ellos según el tipo o modalidad de configuración jurídica elegida entre la varias posibles) cuya titularidad se atribuya al autor de la edificación y con la alteración de los preexistentes, en cuanto a su cuota de participación, dejando incólume el resto del régimen pactado en su día.

Cuestión distinta habría sido el supuesto en el que se hubiera atribuido o reservado a favor del promotor en el título constitutivo del régimen de propiedad horizontal el derecho a edificar en el futuro sobre parte de un elemento común y a hacer suyo lo edificado, supuesto en el que habría sido preciso determinar adecuadamente el título material que así lo permitiese, así como los efectos de su ejercicio (vid. Resoluciones de 5 de febrero de 1986 y 21 de noviembre de 2011), hipótesis ésta que tampoco concurre en el presente caso, pues como puso de manifiesto el propio representante de la promotora en el acto del otorgamiento del título constitutivo de la propiedad horizontal por no poder determinarse en ese momento su «derecho a un mayor volumen edificable (...) no pueden traducir en una reserva del derecho de elevar nueva plantas [sic] por no poder especificar las circunstancias a que se refiere el artículo 16 del Reglamento Hipotecario».

Aunque pueda admitirse la validez civil de la segregación, por vía de transmisión o de reserva, por el propietario de una parcela o solar, edificado o no, de todo o parte del aprovechamiento urbanístico subjetivo que pueda materializar en la misma, diferente aquí del concepto estricto de transferencia como técnica equidistributiva, dicha transmisión o reserva lo que deriva es en la formación de una especial comunidad de derechos recayentes sobre una misma unidad perimetral de terreno delimitable por sus coordenadas de localización, cuya configuración jurídica deberá articularse mediante el régimen de la comunidad por cuotas ideales de propiedad o la constitución de derechos reales de sobreedificación o subedificación, cuya justificación causal, a efectos civiles, podrá basarse en la propia adquisición o reserva del aprovechamiento subjetivo, y sin perjuicio de su definitiva configuración por subrogación real como fincas de atribución privativa en forma de propiedad horizontal o complejo inmobiliario, previa la correspondientes declaración de la ampliación de la obra nueva, pues sólo así se posibilita su acceso al Registro de la Propiedad sobre la finca registral correspondiente a dicha unidad de suelo conforme a las exigencias del principio de determinación y de folio real –artículos 9 de la Ley Hipotecaria, 16, 51 y 54 de su Reglamento y 26 de la Ley de Suelo–. Nada de ello ha tenido lugar en este caso, lo que imposibilita la estimación del recurso.

En consecuencia, esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso y confirmar la calificación impugnada.

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

Madrid, 11 de junio de 2018.–El Director General de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gáligo.