

III. OTRAS DISPOSICIONES

MINISTERIO DE JUSTICIA

8683 *Resolución de 4 de mayo de 2022, de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, en el recurso interpuesto contra la calificación de la registradora de la propiedad de Santa Cruz de Tenerife n.º 1, por la que se deniega la inscripción de determinados acuerdos de atribución de aprovechamiento urbanístico.*

En el recurso interpuesto por don L. M. F., en nombre y representación de la mercantil «Barranco La Leña, S.L.», contra la calificación de la registradora de la Propiedad de Santa Cruz de Tenerife número 1, doña Carmen Rosa Pereira Remón, por la que deniega la inscripción de determinados acuerdos de atribución de aprovechamiento urbanístico.

Hechos

I

Mediante instancia, suscrita el día 2 de noviembre de 2021 por don L. M. F., en nombre y representación de la mercantil «Barranco La Leña, S.L.», con firma ratificada, en unión de documentos complementarios, se solicitaba lo siguiente: «I.—La inscripción registral de la transferencia de aprovechamiento urbanístico objeto de los convenios adjuntos en la siguiente forma: 1. del de 24 de octubre de 1996 (elevación del acuerdo de 27 de febrero de 1991) respecto de las fincas del Sector de Suelo Urbanizable (...) en él referidas y en la forma que se definen en el mismo, en cuya ejecución se han segregado, agrupado, o dividido para concretar las que contienen dicho suelo urbanizable en las actuales fincas 1.066, 1.068, 8.933, 9.361, y 25.747 de ese Registro de Santa Cruz de Tenerife; lo que se insta se lleve a efecto mediante la reproducción literal de los pactos del Convenio contenido en la escritura presentada (al menos las cláusulas 1.^a, 4.^a y 5.^a del Convenio), afectando a la cuota que mantuvieron sus otorgantes en aquellas, y la anotación al margen de las fincas 8.933, 1.066 y 1.068 de corresponder a dichas fincas en su conjunto, por lo que respecta a las cuotas de participación de Dña. I. F. P. y quienes de ella traigan causa, el 38 % del aprovechamiento del sector; 2. del de 2 de abril de 2004, conforme al cual procede la apertura de folio independiente para la inscripción del aprovechamiento a favor de quien suscribe, y en la representación que ostenta, del 10,288 % del sector, cancelando la anotación instada en el número anterior por efecto de la cláusula sexta de la meritada escritura, indicando en su lugar que restan a dichas fincas en su conjunto el 27,712 % del aprovechamiento. II.—Así como la anotación en todas las fincas afectadas para el caso de suspensión total o parcial de la inscripción instada», acompañándose dicha solicitud con copia de la escritura autorizada el día 28 de febrero de 1991 por el notario de Santa Cruz de Tenerife, don Fernando González de Vallejo González, con el número 647 de protocolo.

En la reseñada escritura, los hermanos doña M. L., doña S. M., don J. J. y don A. F. F., junto con doña I. F. P., elevaron a público un convenio suscrito entre ellos en la misma fecha afectante a las fincas señaladas, de las que eran titulares dominicales, constando literalmente en su parte expositiva que el objeto del convenio es «la asunción previa de un pacto entre las partes que se instrumentalizará en la Junta de Compensación que gestione el nuevo Plan Parcial (...)» para realizar una redistribución de beneficios y cargas del planeamiento derivadas de la aprobación inicial de la Revisión del Plan General que introducía modificaciones en la ordenación y determinaciones del Plan

Parcial de una finca, aprobado definitivamente por Acuerdo de la Comisión Provincial de Urbanismo el día 24 de julio de 1978.

Dicho pacto consistía en el reconocimiento a los hermanos F. F. del 70% del aprovechamiento urbanístico asignado a los terrenos en situación de suelo urbano y urbanizable, esto es, 81.358 metros cuadrados construibles, y el 30% del mismo, es decir, 34.868 metros cuadrados construibles, a doña I. F. P. o a quienes trajeran causa de ella.

Se establecía que los hermanos F. F. serían titulares exclusivos de los 25.285 metros cuadrados construibles asignados al suelo urbano, concediéndoles una autorización irrevocable para poder tramitar independientemente el Plan Especial de Reforma Interior que, en su caso, permitiera aumentar dicha edificabilidad hasta los 35.000 metros cuadrados que habilitara el Plan General, pero sin alterar la equidistribución pactada.

Se pactaba expresamente que cualquier alteración de los aprovechamientos lucrativos del suelo urbano y urbanizable derivada de la tramitación del planeamiento, no alteraría la distribución porcentual de aprovechamientos estipulada.

Se estipulaban pactos sobre la localización de las parcelas de resultado y la financiación de las obras de urbanización. En concreto, respecto a los criterios de localización de fincas de resultado en el suelo urbanizable, se estipulaba que las parcelas que resultasen vinculadas a la ejecución de vías de cornisa y las situadas en cotas superiores se asignarían a las partes, teniendo en cuenta la asignación exclusiva en suelo urbano a una de las partes, en un 62 % de la edificabilidad a los hermanos F. F. y un 38 % a doña I. F. P., susceptible de variación si se ejercía por los hermanos F. F. la facultad de trasvase de volumen de la cláusula segunda. Los mismos porcentajes se aplicarían a las parcelas situadas en cotas inferiores hasta el límite con el suelo urbano.

En el punto octavo del convenio se establecía lo siguiente: «Los terrenos situados en las cotas superiores de la finca y que resulten con la clasificación de suelo rústico, pertenecen, desde hoy, a la propiedad exclusiva de los hermanos F. F. como consecuencia del reconocimiento por éstos del incremento de la edificabilidad asignado a Doña I. F. P. en la cláusula 1.ª del presente convenio. A tal fin Doña I. F. P. o quienes traigan causa de la misma, adquieren el compromiso de formalizar en escritura pública los terrenos sitos en suelo rústico en favor de los hermanos F. F. o persona designada por éstos, desde el mismo momento en que sean requeridos para ello».

En la escritura autorizada el día 2 de abril de 2004 por el notario de Santa Cruz de Tenerife, don Juan José Esteban Beltrán, con el número 289 de protocolo, que se comprendía entre los documentos aportados, la entidad «Barranco La Leña, S.L.», titular de la mitad indivisa de las fincas registrales número 1.066, 1.068 y 8933, las cuales habían pertenecido con anterioridad a doña I. F. P., las transmitía a la entidad «Residencial Mencey, S.L.», que se obligaba, en contraprestación, a entregar a aquélla un 17% de las obras que se ejecutasen sobre las fincas reseñadas, estipulándose, entre otros pactos, una condición resolutoria en caso de incumplimiento, habiéndose hecho constar el cambio de titularidad en el Registro de la Propiedad en fecha 20 de septiembre de 2004. En la cláusula sexta se establecía que, dado que en el convenio elevado a público se reconoció a doña I. F. P. un 38%, y en la constitución de la junta de compensación sólo se le había reconocido un 27,712%, las partes acordaban que el 10,288 % o lo que restase, pertenecería en exclusiva a «Barranco La Leña, S.L.», no siendo objeto de ese contrato.

Asimismo, en base a las cláusulas del contrato, se instó la inscripción de la resolución del mismo por la mercantil «Barranco La Leña, S.L.», presentante en instancia de fecha 26 de febrero de 2020, que causó el asiento 252 del Diario 210 del Registro de la Propiedad de Santa Cruz de Tenerife número 1, objeto de calificación negativa el día 8 de abril de 2020, interponiéndose recurso contra la misma ante la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, el cual desembocó en la Resolución desestimatoria de fecha 16 de septiembre de 2020. Según resultaba de la instancia ahora presentada, se tramitaba el procedimiento judicial ordinario número 572/2020 entre ambas partes en relación a dicho documento de transmisión.

En el convenio elevado a público se establecía que los terrenos incluidos en el Plan Parcial a que se refiere el mismo se describían en el Anexo I incorporado, en el cual se identificaban cinco fincas pertenecientes a los hermanos F. F. y tres a doña I. F. P. En efecto, por lo que respecta a la identificación de las fincas enumeradas como pertenecientes a los hermanos F. F., las número 1 y 2, venían referidas en el anexo con su número registral (23.403 y 23.404 respectivamente); la 3, si bien no aparece con número de finca coincidía, según el presentante, en extensión y linderos con la 1.066 (antigua 23.405); la 4, por su parte, coincidía en superficie y linderos con la 8.933 (antigua 23.406), y la 5, hacía expresa referencia a las fincas registrales 302 y 8.149; no obstante, afirmaba el presentante que era identificable con la 8.933 (antigua 23.407) por superficie y linderos. Las fincas de doña I. F. P. aparecían expresamente identificadas como la 8.933, la 1.066 y, de nuevo, la 8.933, si bien, afirmaba el presentante que el número 3 debía señalarse que se correspondía con la registral 1.068, por su descripción y contexto.

Según el historial registral, vigente al tiempo de la presentación, la finca 1.066 pertenecía a doña S. M., doña M. L. y don A. F. F. en un 12,5% en pleno dominio respectivamente, a «Residencial Mencey, S.L.» en un 50%, y a «Mobicomercio Online, S.L.» y «Manditur, S.L.» en un 6,25% cada una.

La finca 1.068 pertenecía a doña S. M. y doña M. L. F. F. en un 12,5% en pleno dominio respectivamente, a «Residencial Mencey, S.L.» en un 50%, a «Mobicomercio Online, S.L.» y «Manditur, S.L.» en un 6,25% cada una, y a «Iforas 2000, S.L.U.» en un 12,5% en pleno dominio.

La finca 9.361 pertenecía a doña M. L. F. F. en un 25% en pleno dominio, a don A. F. F. en un 5,7818%, a «Ar Arquitectura y Gestión Tenerife, S.L.» en un 0,478%, a «Mobicomercio Online, S.L.» en un 12,261%, a «Manditur, S.L.» en un 37,261%, y a «Iforas 2000, S.L.U.» en un 19,2182% en pleno dominio.

La finca 8.933 pertenece a doña M. L. F. F. en un 12,5% en pleno dominio, a doña S. M. F. F. en un 8,763%, a «Residencial Mencey, S.L.» en un 50%, «Mobicomercio Online, S.L.» en un 6,25%, a «Manditur, S.L.» en un 9,987%, y a «Iforas 2000, S.L.U.» en un 12,5% en pleno dominio.

La finca 25.747 pertenecía a doña S. M., doña M. L. y don A. F. F. y a «Ar Arquitectura y Gestión Tenerife, S.L.» en un 25% en pleno dominio respectivamente.

Se aportaba la sentencia de fecha 20 de enero de 2000 del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, por la que se desestimaba el recurso contra el acuerdo municipal de fecha 21 de abril de 1995 de aprobación definitiva del proyecto de estatutos y bases de actuación de la junta de compensación en la que se hacía referencia a las participaciones de 62% y 38% de los hermanos F. F. y doña I. F. P., respectivamente.

Se acompañaba, asimismo, un extracto de las páginas del «Boletín Oficial de la Provincia de Santa Cruz de Tenerife» de 18 de julio de 1994, conteniendo la publicación del acuerdo de aprobación inicial de los estatutos y bases de la junta de compensación del plan parcial, en el que se hacía constar que la gestión y ejecución del sector en suelo urbanizable programado transitorio cuyo desarrollo se realizaba por la modificación del Plan Parcial mediante el sistema de compensación. En la base decimotercera constaba, literalmente, lo siguiente: «Base Décimotercera.—Cuotas de participación. 1.—La participación de cada propietario en la Entidad, tanto en la distribución de beneficios como en las cargas o pérdidas, será para los hermanos F. F., en común y proindiviso y por iguales partes, el 62% de la edificabilidad y a la Sociedad Residencial Mencey, S.A. el 38% restante de la edificabilidad, según lo convenido entre los promotores. La citada participación de los propietarios lo es después de atribuir al Ayuntamiento el 15% del aprovechamiento de cesión. 2.—En aplicación del anterior criterio, la misma proporción se guardará en la localización concreta de dichos aprovechamientos. en cada una de las manzanas residenciales que ordena el Plan Parcial. 3.—Los promotores aceptan formalmente dichas cuotas de participación y la incorporación de los demás propietarios en forma reglamentaria, llevará implícita la aceptación de aquéllas. 4.—En el supuesto de incorporación de empresas urbanizadoras a la Junta de Compensación, en el momento

de su integración en ésta, se procederá al reajuste de las participaciones porcentuales de los socios, asignándose la cuota correspondiente a la empresa urbanizadora incorporada».

Entre los documentos complementarios, se presentaba, asimismo, la certificación municipal, de fecha 12 de junio de 2020, de donde resultaba que el día 19 de junio de 2014 se publicó en el «Boletín Oficial de Canarias» el Acuerdo de la Comisión de Ordenación del Territorio y Medio Ambiente de Canarias, de fecha 30 de julio de 2013, por el que se aprobaba definitivamente y de forma parcial el documento de Revisión del Plan General de Ordenación de Santa Cruz de Tenerife PGO-13, quedando suspendidas ciertas áreas y ámbitos. No obstante, en dicho acuerdo, el sector de suelo urbanizable SSU.2.2. resultó aprobado definitivamente, siendo de aplicación lo previsto en el PGO-13 y que contemplaba un Plan Parcial como instrumento de ordenación del sector; asimismo, que en el sector de suelo urbanizable SSU.2.2, clasificado como urbanizable sectorizado no ordenado, no se podían otorgar licencias, ya que «requiere de la previa aprobación del correspondiente instrumento urbanístico de desarrollo que establezca la ordenación pormenorizada precisa para la ejecución del planeamiento (Plan Parcial, en este caso)».

Asimismo, y a petición del promotor, se certificaba que en la propuesta de Plan Parcial presentada el día 18 de septiembre de 2019, no aprobada, en concreto en su apartado 2.3.1 de la memoria se contenía que «la totalidad del suelo integrada en el Sector está integrada por las fincas registrales 9361 antes 23404, 1066 antes 23405, 1068 antes 23406, 8933 antes 23407, 25747 que suman una superficie total de 106470 m² (...)», si bien, advertía que «este Servicio no ha verificado la exactitud de dichos datos de fincas registrales que se expresan en la propuesta de Plan Parcial de Ordenación presentada el 18 de septiembre de 2019 y tampoco se ha comprobado si se corresponden con la estructura de propiedad del suelo del sector».

II

Presentada dicha instancia y su documentación complementaria en el Registro de la Propiedad de Santa Cruz de Tenerife número 1, fue objeto de la siguiente nota de calificación:

«Legajo 466/2021.

La Registradora que suscribe, previa calificación del documento presentado, de conformidad con los artículos 18 de la Ley Hipotecaria y concordantes de su Reglamento, ha resuelto denegar su inscripción, de conformidad con los siguientes:

Hechos:

Primero. El día 2 de noviembre de 2021 se presentan en esta Oficina por Don L. M. F., en nombre y representación de la entidad mercantil “Barranco La Leña, S.L.”, causando los asientos de presentación 394 y 395 del Diario 213: 1.–Instancia suscrita por el mismo, con firma ratificada, en unión de documentos complementarios, en la que, tras una larguísima exposición justificativa en la que interpreta dichos documentos, señalando incluso con números orientativos la forma de practicar los asientos, se solicita la inscripción de la transferencia de aprovechamiento urbanístico respecto de las fincas registrales 1066, 1068, 8933, 25747 y 9361 de este Registro, fincas con C.R.U. 38012000458814, 38012000458821, 38012000458838, 38012000495130 y 38012000456209, respectivamente, situadas en el área denominada (...), la cual resulta del convenio elevado a público en escritura autorizada por el que fue Notario de esta capital Don Fernando González de Vallejo González, el día 28 de febrero de 1991, bajo número 647 de Protocolo, así como de los pactos contenidos en la escritura autorizada por el que también fue Notario de Santa Cruz de Tenerife, Don Juan José Esteban Beltrán, el día 2 de abril de 2004, número 289 de Protocolo; y, 2.–La citada escritura 647/1991.

Segundo. En la escritura presentada a inscripción, esto es la autorizada por el que fue Notario de esta capital Don Fernando González de Vallejo González, el día 28 de febrero de 1991, número 647 de Protocolo, los hermanos doña M. L., doña S. M., don J. J. y don A., F. F., junto con doña I. F. P., elevan a público un convenio suscrito entre ellos en la misma fecha afectante a las fincas señaladas, de las que eran titulares dominicales, constando literalmente en su parte expositiva que el objeto del convenio es la asunción previa de una pacto entre las partes que se instrumentalizará en la Junta de Compensación que gestione el nuevo Plan Parcial... Dicho convenio, de igual fecha, parte, como es lógico, de la situación urbanística entonces existente, con un Plan Parcial aplicable a la zona.

Tercero. En la escritura antes señalada 289/2004, que se comprende entre los documentos aportados, la entidad Barranco La Leña, S.L., titular de la mitad indivisa de las fincas objeto de este expediente, las cuales habían pertenecido con anterioridad a doña I. F. P., las transmite a la entidad "Residencial Mencey, S.L.", habiéndose hecho constar el cambio de titularidad en este Registro en fecha 20 de septiembre de 2004. En dicho documento se contienen pactos relativos al aumento de participación en la Junta de Compensación (...) a favor de la entidad transmitente, sucesora de doña I. F. P., teniendo en cuenta los cuales la presentante, interpretándolos juntamente con el convenio de 1991 aludido, calcula y solicita la inscripción registral de la transferencia de aprovechamiento urbanístico.

Asimismo, en base a las cláusulas [sic] del contrato se instó la inscripción de la resolución del mismo por la ahora presentante en instancia de fecha 26 de febrero de 2020, que causó el asiento 252 del Diario 210, objeto de calificación negativa el 8 de abril del mismo año, interponiéndose recurso ante la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, el cual desembocó en la Resolución desestimatoria de fecha 16 de septiembre de 2020. Según resulta de la instancia ahora presentada, se tramita procedimiento judicial ordinario 572/2020 entre ambas partes en relación a dicho documento de transmisión.

Cuarto. De la certificación municipal presentada como documento complementario resulta que el 19-6-14 se publicó en el BOC el Acuerdo de la COTMAC de 30-7-13 por el que se aprueba definitivamente y de forma parcial el documento de Revisión del Plan General de Ordenación de Santa Cruz de Tenerife PGO-13, quedando suspendidas ciertas áreas y ámbitos. No obstante, en dicho acuerdo el sector de suelo urbanizable SSU.2.2. (...) resultó aprobado definitivamente siendo de aplicación lo previsto en el PGO-13 y que contempla un Plan Parcial como instrumento de ordenación del sector; asimismo, que en el sector de suelo urbanizable SSU.2.2 (...), clasificado como urbanizable sectorizado no ordenado, no se pueden otorgar licencias, ya que requiere de la previa aprobación del correspondiente instrumento urbanístico de desarrollo que establezca la ordenación pormenorizada precisa para la ejecución del planeamiento (Plan Parcial en este caso). Finalmente, que el Servicio de Planeamiento y Gestión de la Gerencia de Urbanismo del Excelentísimo Ayuntamiento de Santa Cruz de Tenerife no ha verificado la exactitud de los datos de las fincas registrales que se expresan en la Propuesta de Plan Parcial de Ordenación presentada, y tampoco se ha comprobado si se corresponden con la estructura de la propiedad del suelo del sector.

Quinto. Las citadas fincas, respecto de las que no consta en el Registro su aportación a sistema alguno de actuación urbanística, figuran inscritas a nombre de la adquirente de la presentante, de algunos de los hermanos F. F. y de otras entidades.

Fundamentos de Derecho:

Primero. Conforme al artículo 18 de la Ley Hipotecaria: Los Registradores calificarán, bajo su responsabilidad, la legalidad de las formas extrínsecas de los documentos de toda clase, en cuya virtud se solicite la inscripción, así como la capacidad de los otorgantes y la validez de los actos dispositivo contenidos en las escrituras públicas, por lo que resulte de ellas y de los asientos del Registro.

Segundo. La Dirección General de Registros y Notariado –Resoluciones de 14 de junio de 2011, 13 de abril y 22 de julio de 2016, 17 de marzo de 2017 y 11 de junio de 2018– admite los negocios relativos a la transferencia de 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, siempre que la legislación y/o el planeamiento urbanístico lo permitan, con disminución del 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.

La inscripción de las transferencias de aprovechamiento urbanístico aparece regulada en el Capítulo V del Real Decreto 1093/1997 sobre Inscripción en el Registro de la Propiedad de los actos de naturaleza urbanística, señalando su artículo 33 que “en aquellos casos en los que la legislación urbanística aplicable admita o prevea la realización de transferencias del aprovechamiento urbanístico, ya se trate de transmisión entre fincas pertenecientes a distintos titulares o de distribución del mismo entre las que pertenezcan a un solo titular, su inscripción en el Registro de la Propiedad se practicará de acuerdo con las siguientes reglas 1. Para su inscripción por el Registrador de la Propiedad será necesario que la transmisión o distribución se formalice en escritura pública otorgada por el titular o titulares de las fincas sobre las que se distribuya el aprovechamiento, o que resulten afectadas por la transmisión, así como por los titulares de los derechos inscritos o anotados sobre las mismas y que resulten afectados por la transferencia de aprovechamiento en los términos que establece este artículo. 2. La transmisión o distribución será objeto de inscripción en el folio de la finca a la que el aprovechamiento acrece o entre las que se distribuya, y se hará constar por nota al margen de la última inscripción de dominio de la finca de que proceda.”

Dichas reglas se contienen en los artículos 34 a 37 siguientes, respondiendo a los principios registrales de especialidad o determinación (artículo 34), tracto sucesivo (artículo 35), sistema de folio real (artículo 36) y coordinación con la legislación urbanística (artículo 37).

El cauce formal, pues, para la inscripción de las transferencias de aprovechamiento es, de conformidad con el principio garantista de titulación pública recogido en el artículo 3 de la Ley Hipotecaria, la escritura pública otorgada por los titulares de las fincas afectadas y de los derechos inscritos o anotados sobre las mismas, en la que se recogerán los términos exactos del convenio que pretenda tener reflejo registral, el cual ha de cumplir con la exigencia de causa que se impone en nuestro Derecho (artículo 1274 del Código Civil). Sin perjuicio de los defectos advertidos en los Fundamentos siguientes, en el supuesto objeto de calificación, se solicita la inscripción en base a la escritura principal presentada y documentos complementarios, interpretados profusamente por el firmante de la instancia, sin que sus términos resulten con claridad de un título público firmado por todos los titulares registrales actuales.

Tercero. Principio de determinación e intervención de la Administración.

I. De los citados artículos resulta la necesidad de una perfecta identificación de las fincas de origen y de destino, debiendo ser identificado el aprovechamiento cedido no sólo por referencia a su medida en unidades de aprovechamiento, en función de los parámetros sobre edificabilidad y usos que establezca la legislación urbanística aplicable, sino también por la determinación inequívoca de la finca de destino en que podrá ser materializado.

En el supuesto que analizamos, la transmisión del aprovechamiento se pretende hacer constar en el Registro en base a un convenio adoptado muchos años atrás (1991), siendo otra la situación urbanística actual de las parcelas afectadas, y, siendo preciso, tal y como resulta de lo expuesto en los Hechos, la previa aprobación del correspondiente instrumento urbanístico de desarrollo que establezca la ordenación pormenorizada precisa para la ejecución del planeamiento (Plan Parcial en este caso), por lo que la referencia a las fincas de origen y destino de la transferencia versa sobre fincas respecto de las cuales no consta en el Registro su aportación al sistema de ejecución de que se

trate, tampoco consta la exactitud de la superficie que consta en el Registro a efectos de la determinación de los metros aportados y, en consecuencia, no consta la existencia del aprovechamiento subjetivo atribuido en los términos que resultan del convenio y de la instancia presentada. No queda pues cumplido el principio de determinación que recogen, en consonancia con los artículos 9 de la Ley Hipotecaria y 51 de su Reglamento, los preceptos citados.

II. Ahora bien, aun pudiendo determinar actualmente el aprovechamiento subjetivo correspondiente, sería posible su transmisión como facultad que el derecho de propiedad sobre una finca determinada atribuye a su titular, pero la determinación del aprovechamiento tanto de la finca de origen como de destino, sean estas las aportadas al plan, sean las resultantes de su ejecución, no pueda quedar sólo a la voluntad de los titulares, sino que será precisa su conformidad con la legislación y el planeamiento urbanísticos, y ello sólo puede acreditarse mediante la intervención de la Administración actuante.

Para lograr la coordinación con la legislación urbanística el artículo 37 del Real Decreto 1093/1997 dispone que “cuando la legislación urbanística aplicable exija la previa autorización de las transferencias de aprovechamiento urbanístico, la concesión de licencia específica o la toma de razón previa en Registros administrativos destinados a hacer constar su realización, la concesión o inscripción respectiva constituirá requisito del acceso al Registro de la Propiedad de la transmisión o distribución”.

Por todo ello se considera que, a fin de evaluar la conformidad de las transferencias de aprovechamientos con la legislación y el planeamiento urbanísticos, resultaría necesario su reconocimiento por el Ayuntamiento sobre las fincas respecto de las que se pretende, con especificación de todos los requisitos necesarios para su inscripción que prevé el Real Decreto 1093/97 de 4 de julio. La intervención de la Administración se considera necesaria, dado que de preverse en el planeamiento las transferencias, lo son con una finalidad determinada, siendo la Administración la que tiene que acreditar el cumplimiento de la misma.

Cuarto. Principio de tracto sucesivo.—El artículo 35 del citado Real Decreto, en consonancia con el anterior artículo 33, y con el artículo 20 de la Ley Hipotecaria, respondiendo al principio registral de tracto sucesivo, señala que: la transferencia de aprovechamiento debe ser consentida por los titulares dominicales y de cualquier otro derecho o carga inscrito sobre la finca de origen y la de destino.

En el supuesto objeto de calificación resulta que las fincas aparecen inscritas a nombre de personas distintas de las que firmaron el acuerdo de transferencia o pudieron aceptarlo en los títulos posteriores aportados y, en todo caso, distintas de la presentante, existiendo además, según pone de relieve la misma, controversia judicial respecto de uno de los títulos en los que se ampara la solicitud de inscripción, cuyo alcance se desconoce. Siendo el citado uno de los principios fundamentales de nuestro Derecho Hipotecario, trasunto registral del artículo 24 de la Constitución Española, el cual proscribía la indefensión recogiendo el derecho a la tutela judicial efectiva, el mismo no admite excepción alguna, exigiéndose, en todo caso, el consentimiento de los actuales titulares registrales de las fincas.

La presente calificación negativa determina la prórroga del asiento de presentación por el plazo que señala el artículo 323.1 de la Ley Hipotecaria.

Contra la precedente nota se podrá (...)

Santa Cruz de Tenerife a veintitrés de noviembre del año dos mil veintiuno (firma ilegible) La registradora».

III

Solicitada calificación sustitutoria, correspondió la misma al registrador de la Propiedad de San Miguel de Abona, don Enrique Lozano Barrios, quien confirmó, el

día 28 de diciembre de 2021, la nota de calificación del Registro de la Propiedad de Santa Cruz de Tenerife número 1

IV

Contra la nota de calificación sustituida, don L. M. F., en nombre y representación de la mercantil «Barranco La Leña, S.L.», interpuso recurso el día 7 de febrero de 2022 mediante escrito con los siguientes argumentos:

«I. Al correlativo primero.

Es cierto que en nuestro escrito de solicitud aclaramos los documentos auxiliares, para precisar el motivo por el que se aporta o, si se prefiere, en qué medida viene a evidenciar la corrección de los dos títulos presentados a calificación, que, pese a que se sostienen por sí solos, permite centrar su calificación sin ningún género de dudas, como por otro lado es preceptivo respecto de la información que vaya a publicar el Registro de la Propiedad. Sin embargo, no se induce (al contrario, se cuida con esmero) ninguna interpretación respecto al derecho que deba anotarse, al punto de que respecto a la inscripción se pide, para evitar interpretaciones, que se practique (por lo que respecta al Convenio de 1991) “mediante la reproducción literal de los pactos del Convenio contenido en la escritura presentada”. Y todo ello, como no puede ser de otro modo, sin perjuicio de la mejor opinión del Registrador, que podrá suspenderla y considerar que lo correcto es hacerlo constar con distinto alcance, pendiente de la conformidad del solicitante.

Aunque sea práctica habitual proceder a la mera presentación del título en el Registro, lo que con arreglo al principio de rogación (con sólida raigambre en la doctrina de la Dirección General, pues puede verse ya en las Resoluciones de 30 de abril de 1936 y 22 de julio de 1940) presume la solicitud o ánimo de que se inscriban los derechos dimanantes de los títulos presentados; dicha presunción no impide la expresa solicitud sobre los extremos sobre los que el solicitante desea ejercitar los derechos que le confiere el artículo 6 LH.

Ciertamente la solicitud utiliza la expresión “forma” (de practicar la inscripción), pero con ello no se pretende ni puede pretenderse sustituir ni la calificación ni el modo de trasladar la información al registro que resulta imperativamente de la regla del artículo 33.2 del Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio. Lo que se aclara, para facilitar en su caso la calificación (y así debe interpretarse esa expresión), es la determinación matemática de ella, que constará, en su caso, en la extensa y, subsidiariamente, la literalidad del pacto contenido en la escritura objeto de calificación (lo primero entendiendo que cabe en el ámbito de determinación del solicitante, y lo segundo por referirse así en el artículo 51, regla sexta del Reglamento Hipotecario).

II. Al correlativo segundo

Si bien es cierto, y de hecho es procedimentalmente obligatorio, instrumentalizar los acuerdos reparcelatorios en una Junta de Compensación, ello no desvirtúa los acuerdos “desde luego” (terminología del art. 1.113 Cc.) elevados a público, pues la referida transferencia de aprovechamiento tiene su causa (expresada en el acuerdo y aclarado en el complementario) en la distribución dominical de una herencia y la finalización de los pleitos que enfrentaban a las partes.

El acuerdo elevado a público es, sin lugar a duda, un contrato, generador de derechos, cuyos efectos, en la medida en que afecten a la transmisión de aprovechamientos (como ocurre en la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 23 de octubre de 2001, citada en nuestro escrito), permite el acceso al Registro del pacto sobre una cuota de aprovechamiento. La Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública viene aceptando la toma de razón de meros contratos que acuerden la transferencia de aprovechamiento, incluso a futuro (aunque el presentado a calificación no esté sometido a condición ni plazo alguno).

Es más, conforme al Reglamento de Gestión (Decreto 183/2018, de 26 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de Gestión y Ejecución del Planeamiento de Canarias) deben participar en la reparcelación “todos los titulares de las fincas y aprovechamientos incluidos en la unidad” (art. 46), por lo que preceptúa la transferencia de aprovechamiento como un hecho que acontece (o puede acontecer) antes de la reparcelación, en una realidad previa a todo expediente administrativo: una realidad de Derecho privado. Del mismo modo considera que pueden ser promotores (artículo 121, ordinal 6, letra a) quienes no sean propietarios, pero sí “titulares de derechos reales o de aprovechamiento”. Ello implica, obviamente, que se concibe la transferencia de aprovechamiento como un negocio privado que puede ser previo a la reparcelación y equidistribución administrativa.

Conforme con que, a la vista del derecho urbanístico canario, es desde luego un derecho inscribible.

III. Al correlativo tercero

No se pretende una interpretación integradora de dos escrituras en las que intervienen distintas partes. Debe hacerse una por una, conforme al principio de tracto sucesivo. Lo que habrá que valorar en su caso, una vez calificada la primera positivamente, es si la segunda tiene capacidad suficiente para la extensión que tiene, o si debe hacerse constar que se realiza en la medida, evidente, en la que tiene capacidad de disposición los predisponentes en la segunda de las escrituras. Si bien se ha acreditado, y de ahí la prolija explicación que se extiende en la solicitud, que los cálculos son correctos, no es necesario proceder a ellos para la práctica de la inscripción, si así entiende el registrador que es lo acorde con la legislación hipotecaria (como se explicitó en I), y para mejor derecho de los intereses por los que aquella vela.

La calificación negativa a la que se alude se refiere al ejercicio de la cláusula resolutoria de aquél contrato, y no guarda relación alguna con la inscripción que aquí se insta. En todo caso, no puede afectar a la transmisión de los derechos dimanantes del convenio de 1991; tampoco a la operada por el de 2004, pues se refiere a una situación ulterior cuya constancia registral interesó en su día, y su denegación no puede privarme de que consten las situaciones previas, sin perjuicio de la toma de razón de cuanto el registrador considere adecuado especificar.

IV. Al correlativo cuarto

La certificación municipal, se expresa en los prudentes términos que hace la Administración con respecto a las cuestiones de propiedad, por cuanto la Administración urbanística actúa siempre “salvo el derecho de propiedad y sin perjuicio de tercero” (artículos 10 y 12.1 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones locales, aprobado por Decreto de 17 de junio de 1955), pero lo cierto es que acredita la voluntad de todos los propietarios de las fincas registrales que se refieren en nuestra solicitud de participar como integrantes del sector, en tanto que titulares de aquellas fincas (mismas fincas que fueran aportadas a la Junta en 1992). Es más, dicha coincidencia está acreditada en el propio título objeto de calificación por los titulares de los terrenos. Se ha acreditado, además, que el planeamiento es, tras la anulación del Plan General de Santa Cruz, el mismo con el que se realizaron los acuerdos, pero, es más, el propio acuerdo determina que se produzcan las sesiones incluso si tal planeamiento se modificara. Y, queda corroborado que el Ayuntamiento de Santa Cruz de Tenerife aprobó una Junta de Compensación en la que eran esas las fincas aportadas (...), por lo que sí que verifiqué, hasta donde le corresponde hacerlo, que los suelos eran los que integran físicamente el sector a desarrollar. Dicha comprobación tiene capacidad para hacerlo también ese Registro, hasta donde tiene competencia para valorar la coordinación catastral y disponga de bases gráficas, si quiera para verificar la más que aparente correlación de los planos que se aportan con éstas.

En general debe bastar la declaración de los titulares registrales de las fincas, que se organizan para que, a posteriori, la Administración tenga a bien sus acuerdos y propuesta de reparcelación. En la práctica, basta con la confianza de que estos no realizan acuerdos que, por más que sean válidos en términos civiles, no vayan a ser reconocidos por la Administración por, por ejemplo, realizar transferencias entre sectores de suelos separados. Ello no privaría de validez al pacto, sólo impediría su eficacia en sede administrativa. Una cosa es la transferencia de aprovechamientos operada en base a un título administrativo, y otra la operada en base a un acuerdo privado. El registro debe publicar ambas, y ambas tienen su distinto escenario de ineficacias, en las que el Registro no entra, pues se limita a verificar “la legalidad de las formas extrínsecas de los documentos”, “la capacidad de los otorgantes” y “la validez de los actos dispositivos”, sin que requiera en este punto mayor prueba.

V. Al correlativo quinto

Como queda meridianamente claro con la Resolución anteriormente referida de la Dirección General de los Registros y del Notariado, el acuerdo de transferencia de aprovechamientos no requiere que se hayan aportado las fincas a sistema de actuación urbanístico alguno, bastando el pacto sobre el mismo de los titulares inscritos (como se adelantó en el ordinal II). Mucho menos se requiere que aquél conste en el Registro. No obstante, se han presentado documentos que acreditan que han sido aportadas al referido Plan Parcial “(...)”, y dicho extremo sería en todo caso subsanable.

Respecto de la actual titularidad a nombre no sólo de los hermanos F. F. (cedentes del aprovechamiento) sino de otros titulares, nótese que se pide la anotación a que se refiere el artículo 33.2 del Real Decreto 1093/1997 sólo respecto de la cuota parte de la que aquellos siguen siendo propietarios.

VI. Al Fundamento de Derecho Tercero

La situación urbanística de 1991 no es distinta de la actual y, en todo caso, el acuerdo de transferencia no sólo no pierde su vigor, sino que él mismo así lo señala, se mantendrá, aunque se modificaran las determinaciones del planeamiento. Pero la situación urbanística nada tiene que ver con el principio de determinación. La eficacia (que no validez del acuerdo) en términos administrativos del pacto será objeto de determinación en el concreto expediente administrativo. Lo que aquí se pide, no se olvide, es el auxilio del Registro de la Propiedad para hacer constar una circunstancia que, con arreglo a la normativa de aplicación, debe ser publicada por este (y para evitar la situación descrita en 0.2).

El principio de determinación se cumple por la expresión de un porcentaje del aprovechamiento que resulte de aplicación; y respecto de las fincas, no puede decirse que no exista determinación por el hecho de que se hayan realizado segregaciones y otras operaciones análogas de distribución, puesto la forma y extensión en la que debe hacerse constar en el Registro la alteración de derechos acontecidos a fincas segregadas o agrupadas queda determinado por la propia normativa registral (cosa distinta es que el solicitante, para facilitación de la misma, renuncie –si lo entiende viable el Registrador– a la constancia en fincas en la que entiende no se verá perjudicado su derecho, asumiendo los riesgos de tal falta de constancia). Nótese además que muchas fincas se quedan fuera de la anotación del artículo 33.2 R.D. 1093/97 por el hecho de que se acredita su carácter de urbanas (el aprovechamiento, como es bien sabido y así se pacta, se transmite entre los suelos urbanizables integrados en las fincas objetos del pacto) por lo que, respecto de dicha porción segregada resulta evidente que no procede el acrecimiento al que se refiere el referido artículo.

Debe señalarse también que, aunque se suele hablar de transferencia de aprovechamientos, en realidad el referido negocio no requiere un suelo al que éste se transfiera, pudiendo existir una finca registral independiente, instrumental, cuyo objeto sea hacer constar el aprovechamiento urbanístico resultante de dicho negocio. Si el

registrador albergase dudas sobre la incorporación de las fincas a un mismo plan parcial, siempre podrá realizar la inscripción del aprovechamiento en una finca nueva e independiente, como es el caso por no ser la solicitante titular de derecho dominical actual alguno en fincas de dicho plan parcial (lo fue, y lo sería de haber prosperado el ejercicio de la condición resolutoria de la propiedad de Residencial Mencey, actual titular registral, y conforme con la determinación del aprovechamiento referido, según la escritura que sirvió de sustento para la inscripción de su derecho, acompañada como documentación adjunta).

II. La transferencia de aprovechamiento urbanístico no requiere licencia (no estaba incluido en los requisitos del artículo 178 de la Ley de Suelo entonces en vigor, aprobada por Real Decreto 1346/1976, de 9 de abril), ni existe ningún interés de la Administración en limitar los acuerdos entre particulares. Una cuestión es que vele por la correcta equidistribución, y otra es que no quepan acuerdos de transferencia, que en nada condicionan el resultado de la urbanización. No lo era con el artículo 64.4 del Reglamento de Gestión Urbanística entonces aplicable y ya meritado en nuestro escrito, ni lo ha venido a ser después con la Ley 4/2017, de 13 de julio, del Suelo y de los Espacios Naturales Protegidos de Canarias ni su Reglamento de Gestión (Decreto 183/2018, de 26 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de Gestión y Ejecución del Planeamiento de Canarias), como se indicaba en nuestra solicitud.

Queda claro que, con la Ley estatal de entonces, y la canaria actual (como referimos en el ordinal II y más extensamente en el punto II de nuestro escrito de solicitud), la transferencia de aprovechamiento puede ser una cuestión previa a las actuaciones de reparcelación, que no precisa de licencia ni autorización previa.

VII. Al Fundamento de Derecho Cuarto

Como ya se señaló y queda claro de lo solicitado, la anotación afectará a los titulares que, habiendo realizado el acuerdo de transferencia, siguen siendo titulares registrales del derecho del que tal aprovechamiento dimana (que no es otro que el dominical), y en atención a la cuota de propiedad que ostentan en las fincas de las que el aprovechamiento procede (art. 33.2 R.D. 1093/97).

En su virtud,
Solicita

Que teniendo en cuenta las consideraciones que obran en este escrito, y la solicitud de calificación en su día instada, proceda a dar curso al procedimiento contra la calificación del registrador arriba reseñada para, tras los trámites oportunos, estimar este recurso, revocando la calificación impugnada, y acordando en su lugar la inscripción del acuerdo de transferencia de aprovechamientos cuyo acceso al registro se instaba».

V

La registradora de la Propiedad emitió informe, formó expediente y lo elevó a este Centro Directivo.

Fundamentos de Derecho

Vistos los artículos 9 y 18 y 19 bis 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, 23 y 26, 65.1.e) 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; 29, 41 y 43, 196 y siguientes y 279 y siguientes de la Ley 4/2017, de 13 de julio, del Suelo y de los Espacios Naturales Protegidos de Canarias; 16 y siguientes y 24 y siguientes del Decreto 183/2018, de 26 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento

de Gestión y Ejecución del Planeamiento de Canarias; 10 y 12.1 del Decreto de 17 de junio de 1955 por el que se aprueba el Reglamento de Servicios de las Corporaciones locales; 119.2 del Real Decreto 1373/2009, de 28 de agosto, por el que se aprueba el Reglamento General de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas; las sentencias de la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Canarias de 31 de octubre de 2005, 16 de junio de 2014 y 21 de julio de 2016; la sentencia de la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Canarias de 21 de julio de 2017; las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 20 de noviembre de 1998, 27 de febrero de 1999, 23 de octubre de 2001, 26 de junio de 2006, 30 de mayo de 2009, 14 de junio de 2011, 13 de abril y 22 de julio de 2016, 17 de marzo de 2017 y 11 de junio de 2018, y la Resolución de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública de 25 de mayo de 2021.

1. El presente expediente versa sobre la posibilidad de inscripción de determinados pactos contenidos en un convenio elevado a público con anterioridad a la vigencia de un determinado instrumento de planeamiento en previsión a las eventuales modificaciones que el mismo va a introducir en las expectativas de aprovechamiento urbanístico de los interesados y en orden a resolver controversias anteriores derivadas de una partición hereditaria.

El presentante aporta diversa documentación en aras a justificar su pretensión y solicita la inscripción registral de la transferencia de aprovechamiento urbanístico objeto de los convenios en la siguiente forma:

a) Respecto de las fincas del Sector de Suelo Urbanizable (...), en las actuales fincas 1.066, 1.068, 8.933, 9.361, y 25.747 del Registro de la Propiedad Santa Cruz de Tenerife número 1, mediante la reproducción literal de los pactos del convenio contenido en la escritura presentada (al menos las cláusulas primera, cuarta y quinta del convenio), afectando a la cuota que mantuvieron sus otorgantes en aquéllas, y la anotación al margen de las fincas 1.066, 1.068 y 8.933, de corresponder a dichas fincas en su conjunto, por lo que respecta a las cuotas de participación de doña. I. F. P. y quienes de ella traigan causa, el 38% del aprovechamiento del sector.

b) De la escritura de fecha 2 de abril de 2004, conforme a la cual procede la apertura de folio independiente para la inscripción del aprovechamiento del 10,288 % del sector a favor del solicitante, la entidad «Barranco La Leña, S.L.», cancelando la anotación instada en el número anterior por efecto de la cláusula sexta de la meritada escritura, indicando en su lugar que restan a dichas fincas en su conjunto el 27,712 % del aprovechamiento.

Los concretos pactos respecto a los que se solicita la inscripción son los expuestos en extenso en los Hechos de la presente Resolución.

La registradora deniega la inscripción por los siguientes defectos:

– El cauce formal para la inscripción de las transferencias de aprovechamiento es la escritura pública otorgada por los titulares de las fincas afectadas y de los derechos inscritos o anotados sobre las mismas, en la que se recogerán los términos exactos del convenio que pretenda tener reflejo registral, el cual ha de cumplir con la exigencia de causa que se impone en nuestro Derecho y en el supuesto objeto de calificación, se solicita la inscripción en base a la escritura principal presentada y documentos complementarios, interpretados profusamente por el firmante de la instancia, sin que sus términos resulten con claridad de un título público firmado por todos los titulares registrales actuales.

– La necesidad de una perfecta identificación de las fincas de origen y de destino, debiendo ser identificado el aprovechamiento cedido no sólo por referencia a su medida en unidades de aprovechamiento, en función de los parámetros sobre edificabilidad y usos que establezca la legislación urbanística aplicable, sino también por la determinación inequívoca de la finca de destino en que podrá ser materializado.

– Que la transmisión del aprovechamiento se pretende hacer constar en el Registro en base a un convenio adoptado muchos años atrás (1991), siendo otra la situación urbanística actual de las parcelas afectadas y, siendo preciso, tal y como resulta de lo expuesto en los Hechos, la previa aprobación del correspondiente instrumento urbanístico de desarrollo que establezca la ordenación pormenorizada precisa para la ejecución del planeamiento (Plan Parcial en este caso).

– La referencia a las fincas de origen y destino de la transferencia versa sobre fincas respecto de las cuales no consta en el Registro su aportación al sistema de ejecución de que se trate.

– No consta la exactitud de la superficie que consta en el Registro a efectos de la determinación de los metros aportados y, en consecuencia, no consta la existencia del aprovechamiento subjetivo atribuido en los términos que resultan del convenio y de la instancia presentada. No queda pues cumplido el principio de determinación que recogen, en consonancia con los artículos 9 de la Ley Hipotecaria y 51 de su Reglamento.

– A fin de evaluar la conformidad de las transferencias de aprovechamientos con la legislación y el planeamiento urbanísticos, resultaría necesario su reconocimiento por el Ayuntamiento sobre las fincas respecto de las que se pretende, con especificación de todos los requisitos necesarios para su inscripción que prevé el Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio.

Lo argumentos que esgrime el recurrente para combatir la calificación son, resumidamente, los siguientes:

– No se está planteando un debate jurídico que no compete en sede registral, ni que la registradora entre en el mismo, sino el traslado de un acuerdo claro precisamente para evitar los constantes litigios.

– Una cosa es la transferencia de aprovechamientos operada en base a un título administrativo, y otra la operada en base a un acuerdo privado. El Registro debe publicar ambas, y ambas tienen su distinto escenario de ineficacias, en las que el Registro no entra, pues se limita a verificar «la legalidad de las formas extrínsecas de los documentos», «la capacidad de los otorgantes» y «la validez de los actos dispositivos», sin que requiera en este punto mayor prueba.

– No puede olvidarse que en los procedimientos administrativos prima también la constancia registral, por lo que el acceso del pacto es una cuestión no sólo de Justicia, sino de eficacia de nuestro modelo jurídico, permitiendo que la Administración, al momento de la urbanización, valore en pie de igualdad la totalidad de la información disponible.

– Las modificaciones en el planeamiento son ajenas al acuerdo, pues las contempla (cláusula primera), pero es que además el planeamiento urbanístico en vigor es exactamente el mismo que el que sirvió de apoyo al convenio de 1991, que se dice (en el propio convenio) se realiza para acoger las modificaciones que entonces se estaban tramitando, y fueron finalmente publicadas en 1992 (hasta el punto de que con arreglo a dicho convenio y dicho Plan General se aprobaron los meritados estatutos y bases de 1994). La anulación del Plan General de Ordenación de 2013 devolvió la vigencia al anterior de 1992. Por tanto, no es otra la situación urbanística de las parcelas afectadas (de hecho, tampoco era otra con el plan del 2013, en ambas son suelo urbanizable).

– El acuerdo de transferencia de aprovechamientos no requiere que se hayan aportado las fincas a sistema de actuación urbanístico alguno, bastando el pacto sobre el mismo de los titulares inscritos. No obstante, se han presentado documentos que acredita que han sido aportadas al referido Plan Parcial (...), y dicho extremo sería en todo caso subsanable.

– Aunque se suele hablar de transferencia de aprovechamientos, en realidad el referido negocio no requiere un suelo al que éste se transfiera, pudiendo existir una finca registral independiente, instrumental. Si la registradora albergase dudas sobre la incorporación de las fincas a un mismo plan parcial, siempre podrá realizar la inscripción

del aprovechamiento en una finca nueva e independiente, como es el caso por no ser la solicitante titular de derecho dominical actual alguno en fincas de dicho plan parcial.

– El principio de determinación se cumple por la expresión de un porcentaje del aprovechamiento que resulte de aplicación y respecto de las fincas, no puede decirse que no exista determinación por el hecho de que se hayan realizado segregaciones y otras operaciones análogas de distribución, puesto la forma y extensión en la que debe hacerse constar en el Registro la alteración de derechos acontecidos a fincas segregadas o agrupadas queda determinado por la propia normativa registral.

– Muchas de las fincas se quedan fuera de la anotación del artículo 33.2 del Real Decreto 1093/1997 por el hecho de que se acredita su carácter de urbanas (el aprovechamiento, como es bien sabido y así se pacta, se transmite entre los suelos urbanizables integrados en las fincas objetos del pacto) por lo que, respecto de dicha porción segregada resulta evidente que no procede el acrecimiento al que se refiere el referido artículo.

– Queda corroborado que el Ayuntamiento aprobó una junta de compensación en la que eran esas las fincas aportadas, por lo que sí que verificó, hasta donde le corresponde hacerlo, que los suelos eran los que integran físicamente el sector a desarrollar. Dicha comprobación tiene capacidad para hacerlo también ese Registro, hasta donde tiene competencia para valorar la coordinación catastral y disponga de bases gráficas, siquiera para verificar la más que aparente correlación de los planos que se aportan con esas fincas.

– Se señala la necesidad de reconocimiento por el Ayuntamiento de las transferencias de aprovechamiento, sin considerar que los estatutos y bases de actuación de la junta de compensación del Plan Parcial (...) de 1994, fueron aprobadas definitivamente por el Ayuntamiento en junio de 1995.

– La transferencia de aprovechamiento urbanístico no requiere licencia (no estaba incluido en los requisitos del artículo 178 de la Ley de Suelo entonces en vigor, aprobada por Real Decreto 1346/1976, de 9 de abril), ni existe ningún interés de la Administración en limitar los acuerdos entre particulares. Una cuestión es que vele por la correcta equidistribución, y otra es que no quepan acuerdos de transferencia, que en nada condicionan el resultado de la urbanización.

– Respecto a la necesidad de consentimiento de los actuales titulares registrales, dicha voluntad está manifestada en el convenio de 1991, puesto que sólo se insta la afectación respecto a dichos titulares registrales, sólo respecto de la cuota parte de la que aquellos siguen siendo propietarios.

– Finalmente, entiende que la calificación sustituida (parece referirse a la calificación sustitutoria) carece de la argumentación debida y exigible, lo que debe ser motivo suficiente de estimación de este recurso.

Respecto a este último punto, debe recordarse que doctrina consolidada de este Centro Directivo que el artículo 19 bis de la Ley Hipotecaria no contempla la calificación sustitutoria como un recurso impropio que se presenta ante otro registrador, sino como un medio de obtener una segunda calificación, ceñida a los defectos esgrimidos por el registrador sustituido. Por ello, del mismo modo que no puede el registrador sustituto añadir nuevos defectos a los inicialmente apreciados por el sustituido, sino que su calificación debe ceñirse a los defectos planteados y a la documentación aportada inicialmente, tampoco su eventual calificación negativa puede ser objeto de recurso, sino que en tal caso devolverá el título al interesado a los efectos de interposición del recurso frente a la calificación del registrador sustituido ante la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe pública del Notariado, el cual deberá ceñirse a los defectos señalados por el registrador sustituido con los que el registrador sustituto hubiere manifestado su conformidad –cfr. artículo 19 bis.5.ª, de la Ley Hipotecaria– (Resoluciones de 2 de marzo de 2009, 11 y 28 de junio de 2014, 25 de mayo de 2015 y 10 de marzo y 20 de abril de 2016, entre otras citadas).

La intervención del registrador sustituto se limita a confirmar o revocar la nota de calificación y en este último caso y si la revocación es total, debe acompañar el texto

comprensivo de los términos en que deba practicarse el asiento (cfr. artículo 19 bis.3.ª de la Ley Hipotecaria).

De ello se desprende que, del mismo modo que no puede el registrador sustituto añadir nuevos defectos a los inicialmente apreciados por el sustituido, sino que su calificación debe ceñirse a los defectos planteados y a la documentación aportada inicialmente, tampoco su eventual calificación negativa puede ser objeto de recurso, sino que en tal caso devolverá el título al interesado a los efectos de subsanación de los defectos o en su caso para que pueda proceder a la interposición del recurso frente a la calificación del registrador sustituido ante esta Dirección General, el cual deberá limitarse a los defectos señalados por el registrador sustituido con los que el registrador sustituto hubiere manifestado su conformidad –cfr. artículo 19 bis.5.ª de la Ley Hipotecaria– (Resoluciones de 28 de junio de 2014, 19 de febrero y 30 de mayo de 2016, 4 de octubre de 2018 y 22 de abril y 22 de julio de 2019).

2. Esta Dirección General ha tenido ocasión de pronunciarse en diversas ocasiones sobre el tratamiento registral del aprovechamiento urbanístico como objeto de derechos –vid. por todas la Resolución de 25 de mayo de 2021–.

Como se expone en extenso en dicha Resolución de la doctrina sentada por este Centro Directivo pueden extraerse una serie de conclusiones que permiten comprender el régimen registral del aprovechamiento urbanístico cuando es objeto de negociación con independencia de la finca del que deriva.

En primer lugar, debe diferenciarse el negocio civil de transmisión del negocio de transferencia como técnica equidistributiva entre fincas. El primero es posible conforme a las normas generales civiles mientras que el segundo únicamente cuando lo permita la respectiva legislación autonómica.

El Real Decreto 1093/1997 contempla la transmisión en los artículos 39, 42.6 y 43 y la transferencia en los artículos 33 a 38, contemplando sólo para ésta la exigencia de autorización administrativa.

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

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

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

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

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

Ello no planteará especial problema cuando se trate de aprovechamientos reconocidos por la Administración –cfr. artículo 39.2 del Real Decreto 1093/1997 o artículo 119.2 del Real Decreto 1373/2009, de 28 de agosto– pero en otro caso, aunque pueda admitirse la posibilidad teórica de transmitir a tercero todo o parte del aprovechamiento asociado a una determinada finca en el caso de actuaciones sistemáticas, el mismo se encuentra sometido a una natural indeterminación hasta su concreción en el instrumento de equidistribución que por su carácter integrado impone ponderar y mensurar los derechos de los propietarios respectivos.

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

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

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

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

3. Hechas las consideraciones anteriores procede ahora analizar los defectos opuestos por la registradora en su nota de calificación.

Debe destacarse que en el caso particular de este expediente no estamos ante un supuesto de transferencia de aprovechamiento urbanístico como técnica de equidistribución, sino ante un negocio civil de distribución de aprovechamiento causalizado en un acuerdo transaccional que resuelve determinada controversia hereditaria.

Dicho contrato se otorga como «pacto entre las partes que se instrumentalizará en la Junta de Compensación que gestione el nuevo Plan Parcial (...)» para realizar una redistribución de beneficios y cargas derivadas de la futura aprobación del Plan General que introducirá modificaciones en la ordenación y determinaciones del entonces vigente Plan Parcial de la finca (...) aprobado el día 24 de julio de 1978, afectando, por tanto, a la expectativa de aprovechamientos urbanísticos de los propietarios.

Esta naturaleza privada del negocio que se estudia es determinante del régimen jurídico aplicable y de sus requisitos de inscripción como se ha expuesto con anterioridad.

En primer lugar, la registradora considera que en el presente caso se solicita la inscripción en base a la escritura principal presentada y documentos complementarios,

interpretados profusamente por el firmante de la instancia, sin que sus términos resulten con claridad de un título público firmado por todos los titulares registrales actuales.

Respecto a tal afirmación, sin perjuicio de que se analice más concretamente al estudiar los siguientes defectos, debe darse la razón a la registradora calificante pues los pactos que se pretenden inscribir no son más que acuerdos estipulados en previsión de la futura elaboración de un proyecto de reparcelación donde serán concretados en orden a determinar las fincas resultado que serán adjudicadas a cada parte y, en base a dichas estipulaciones, modifican las cuotas que de otro modo les hubieran correspondido en función de sus aportaciones a la junta de compensación.

Es decir, con el objeto de resolver una previa controversia hereditaria y por medio de un acuerdo transaccional las partes estipulan cual será el reparto de aprovechamiento urbanístico que les corresponde por las fincas aportadas a la junta de compensación, diferenciando entre el procedente de fincas urbanas, urbanizables e incluso adjudicando las fincas resto de naturaleza rústica.

Así, consta literalmente en su parte expositiva que el objeto del convenio es «la asunción previa de un pacto entre las partes que se instrumentalizará en la Junta de Compensación que gestione el nuevo Plan Parcial (...)» y en el punto octavo del convenio se establece: «Los terrenos situados en las cotas superiores de la finca y que resulten con la clasificación de suelo rústico, pertenecen, desde hoy, a la propiedad exclusiva de los hermanos F. F, como consecuencia del reconocimiento por éstos del incremento de la edificabilidad asignado a Doña I. F. P. en la cláusula 1.–del presente convenio. A tal fin Doña I. F. P. o quienes traigan causa de la misma, adquieren el compromiso de formalizar en escritura pública los terrenos sitos en suelo rústico en favor de los hermanos F. F. o persona designada por éstos, desde el mismo momento en que sean requeridos para ello».

Por otra parte, respecto a la identificación de las fincas afectadas por el convenio, en el mismo se establece que los terrenos incluidos en el Plan Parcial a que se refiere el mismo se describen en el Anexo I incorporado, en el cual se identifican cinco fincas pertenecientes a los hermanos F. F. y tres a doña I. F. P.

Por lo que respecta a la identificación de las fincas enumeradas como pertenecientes a los hermanos F. F., las número 1 y 2 vienen referidas en el anexo con su número registral (23.403 y 23.404 respectivamente), la 3, si bien no aparece con número de finca coincide, según el presentante, en extensión y linderos con la 1.066 (antigua 23.405); la 4, por su parte, coincide en superficie y linderos con la 8.933 (antigua 23.406), y la 5 hace expresa referencia a las fincas registrales a las 302 y 8.149, no obstante, afirma el presentante que es identificable con la 8.933 (antigua 23.407) por superficie y linderos. Las fincas de doña. I. F. P. aparecen expresamente identificadas como la 8.933, la 1066 y, de nuevo, la 8.933, si bien, afirma el presentante que la número 3 debía señalarse que se corresponde con la registral 1.068, por su descripción y contexto.

Respecto a la certificación municipal aportada con el título, la misma únicamente certifica que en la propuesta de Plan Parcial presentada en 18 de septiembre de 2019, en concreto en su apartado 2.3.1 de la Memoria se contiene que «la totalidad del suelo integrada en el Sector está integrada por las fincas registrales 9361 antes 23404, 1066 antes 23405, 1068 antes 23406, 8933 antes 23407, 25747 que suman una superficie total de 106470 m² (...)», y como resulta del propio documento administrativo dicha propuesta no fue aprobada y advierte expresamente que «este Servicio no ha verificado la exactitud de dichos datos de fincas registrales que se expresan en la propuesta de Plan Parcial de Ordenación presentada el 18 de septiembre de 2019 y tampoco se ha comprobado si se corresponden con la estructura de propiedad del suelo del sector».

Debe recordarse en este punto que, según reiterada doctrina jurisprudencial, no es competencia del orden contencioso administrativo, sino del orden civil, decidir sobre la existencia de titularidades dominicales en el ámbito de la unidad de ejecución y ello porque no es función de la Administración decidir la persona que resulte titular de terrenos comprendidos en la unidad de actuación.

No es función de la Administración decidir, con ocasión de la Aprobación de bases y estatutos de una unidad de actuación, la persona que resulte titular de terrenos comprendidos en la unidad de actuación.

Del mismo modo, no es competencia de los tribunales contencioso-administrativos decidir sobre la existencia de titularidades dominicales en el ámbito de la unidad de actuación, pronunciamiento que es de la exclusiva incumbencia de los tribunales civiles (Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de julio de 1999).

Pudiera existir controversias no sólo en cuanto a la propiedad, sino sobre la existencia misma de la finca –su situación, linderos y cabida– y su coincidencia plena con la unidad de actuación (cfr. sentencia de 14 de junio de 2011 del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, Sala de lo Contencioso-Administrativo de Las Palmas).

Por ello, resulta fundamental que en la delimitación de la unidad de actuación tengan la debida intervención todos los propietarios afectados, intervención que resulta asimismo preceptiva respecto a los convenios privados que puedan celebrarse con ocasión de dichos procedimientos de modo que queden determinadas con precisión las fincas o partes de las mismas que constituyen su objeto.

En el presente caso, del anexo del convenio puede deducirse alguna correspondencia, como afirma el recurrente en su instancia, como es el caso de la finca 1.066 en la que coinciden superficie y linderos, pero en el resto de los casos no existe correspondencia, habiéndose inscrito diversas segregaciones.

Además, dado que el contenido de los pactos, cuya inscripción se pretende, diferencian entre suelo urbanizable, donde se establece el reparto del 62/38%, suelo urbano y suelo rústico, tampoco se acredita la parte de cada finca registral que corresponde a cada clase de suelo, sin que hayan tenido intervención el resto de titulares registrales de las fincas afectadas –artículo 40.d) de la Ley Hipotecaria– ni se haya inscrito la coordinación gráfica de las mismas que estuviera amparada por el principio de legitimación registral –artículo 10.5 de la Ley Hipotecaria–.

Por otra parte, el recurrente solicita en su instancia la inscripción mediante «la reproducción literal de los pactos del Convenio contenido en la escritura presentada (al menos las cláusulas 1.^a, 4.^a y 5.^a del Convenio), afectando a la cuota que mantuvieren sus otorgantes en aquellas, y la anotación al margen de las fincas 8.933, 1.066 y 1.068 de corresponder a dichas fincas en su conjunto, por lo que respecta a las cuotas de participación de Dña. I. F. P. y quienes de ella traigan causa, el 38 % del aprovechamiento del sector», así como la apertura de folio independiente para la inscripción del aprovechamiento a favor de la entidad que representa, como causahabiente de doña. I. F. P., del 10,288% del sector, por ser el resto que se reservó en la permuta por obra futura con otra entidad a la que corresponde el 27,712% del aprovechamiento que se le reconoció en la junta de compensación.

Obsérvese que dichos pactos de reparto porcentual están referidos al aprovechamiento urbanístico que les pueda corresponder por las fincas aportadas de que son cotitulares de modo que sus respectivas participaciones, 62 y 38%, sirvan de módulo en la participación de la junta de compensación y la posterior adjudicación de fincas que permita materializarlos y la contribución a los gastos de urbanización.

Es decir, se trata de un pacto obligacional que debe cumplirse en el seno de la junta de compensación una vez se concreten las unidades de aprovechamiento que vayan a corresponder a las distintas fincas aportadas, pues con anterioridad se trata de meras expectativas cuya constancia registral se encuentra vedada por el artículo 9 del Reglamento Hipotecario cuando señala: «No son inscribibles la obligación de constituir, transmitir, modificar o extinguir el dominio o un derecho real sobre cualquier inmueble, o la de celebrar en lo futuro cualquiera de los contratos comprendidos en los artículos anteriores, ni en general cualesquiera otras obligaciones o derechos personales, sin perjuicio de que en cada uno de estos casos se inscriba la garantía real constituida para asegurar su cumplimiento o se tome anotación cuando proceda, de conformidad con el artículo cuarenta y dos de la Ley».

No se discute la eficacia vinculante del pacto, que incluso ha sido reconocida por la jurisdicción contencioso administrativa según se acredita, sino la nota de trascendencia real que permita su acceso al Registro de la Propiedad, pues se refiere a futuras unidades de aprovechamiento urbanístico que hasta entonces son meras expectativas.

Tampoco se comparte el argumento de que la referencia a la cuota porcentual permite salvar la exigencia de concreción de unidades de aprovechamiento transmitidas, pues esa determinación impuesta por el principio de especialidad resulta esencial para la aplicación del resto de principios hipotecarios como el de prioridad, oponibilidad o fe pública, de modo que el tercer adquirente o acreedor pueda conocer con exactitud el alcance de los derechos inscritos.

De admitir el acceso registral de expectativas de derecho, siquiera referidas a cuotas porcentuales, se pondría en entredicho la propia garantía del sistema centrado en la finca, definida y determinada, como unidad básica del mismo.

El hecho de que no pueda tener acceso registral directo el contenido concreto del convenio no quiere decir que no existan otras vías para asegurar su cumplimiento, incluso con trascendencia real, y tener su acceso al Registro de la Propiedad, como ocurrió precisamente con la escritura autorizada por el notario de Santa Cruz de Tenerife, don Juan José Esteban Beltrán, el día 2 de abril de 2004, número 289 de protocolo, de transmisión de fincas con contraprestación diferida garantizada con condición resolutoria y que fue inscrita en el Registro.

Por ello, no se comparte la posición del recurrente sobre la ausencia de garantía registral ni su interpretación sobre la inscribibilidad de tales pactos, lo que solicita, además, de modo unilateral sin intervención de los otros titulares registrales afectados.

4. En segundo lugar, la registradora opone como defecto la necesidad de una perfecta identificación de las fincas de origen y de destino, debiendo ser identificado el aprovechamiento cedido no sólo por referencia a su medida en unidades de aprovechamiento, en función de los parámetros sobre edificabilidad y usos que establezca la legislación urbanística aplicable, sino también por la determinación inequívoca de la finca de destino en que podrá ser materializado.

Respecto a esta cuestión debe diferenciarse, por un lado, la exigencia de determinación de la finca registral concreta cuyo aprovechamiento es objeto de transmisión que, como hemos explicado, se realiza de forma unilateral por el interesado, y por otra parte, la concreción de la finca de destino a la que será transferido el aprovechamiento, planteamiento de la registradora que en este caso no puede compartirse al tratarse de un supuesto de transmisión de aprovechamiento con carácter previo a la aprobación de un proyecto de compensación, supuesto regulado en el artículo 39.4 del Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio, que permite la apertura de folio independiente en tanto no sea cancelado cuando se adjudiquen las fincas de resultado – fr. artículo 43.3–.

Por lo que este defecto sólo se mantiene en cuanto a la exigencia de determinación de las fincas registrales afectadas realizada por ambas partes del convenio.

5. El siguiente defecto a analizar se refiere a la particular situación urbanística de las fincas, pues argumenta la registradora que la transmisión del aprovechamiento se pretende hacer constar en el Registro en base a un convenio adoptado muchos años atrás (1991), siendo otra la situación urbanística actual de las parcelas afectadas y, es preciso, tal y como resulta de lo expuesto en los Hechos, la previa aprobación del correspondiente instrumento urbanístico de desarrollo que establezca la ordenación pormenorizada precisa para la ejecución del planeamiento (Plan Parcial en este caso).

Además, se trata de fincas respecto de las cuales no consta en el Registro su aportación al sistema de ejecución de que se trate.

Los terrenos integrados en el sector de (...) se han visto afectados por diversos conflictos judiciales que han impedido, probablemente junto a otras razones que no son del caso, el desarrollo urbanístico del ámbito ya previsto desde el Plan Parcial de 1978. Así, se expone a continuación extracto de distintas sentencias que se consideran importantes para conocer la compleja situación urbanística del ámbito de que se trata.

En primer lugar, la sentencia de 31 de octubre de 2005 del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, Sección Segunda, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, citada por el recurrente, declaró nulo de pleno derecho el acuerdo de aprobación de la escritura de constitución de la misma Junta de Compensación del Plan Parcial (...) aplicando la sentencia del mismo tribunal recaída en el procedimiento número 925/2002. Reconocen estas resoluciones que «la voluntad de las partes era repartir la herencia de la causante en lo que se refiere a suelo urbano, urbanizable y rústico. Para el suelo urbanizable se asignó el porcentaje del 62% a los hermanos y el 38% a doña (...) La gerencia creyó poder corregir un error de hecho en la distribución de la participación en la Junta compensación por la vía de la rectificación, pero lo que se estaba alterando por la vía de la rectificación de errores es el convenio de división de herencia suscrito entre los herederos el 28 de febrero de 1991, que impiden calificar el supuesto que nos ocupa como un error de hecho, incurriendo en una modificación administrativa de acuerdos civiles que había sido plasmada en las bases de actuación, de manera que la revisión efectuada excedía de la prevista legalmente para revisión de actos declarativos de derecho, determinando por esto la sentencia aludida, la nulidad de pleno derecho del artículo 62.1.e) en la Ley de régimen jurídico de las administraciones».

Por su parte, la sentencia de 16 de junio de 2014 del mismo tribunal, en similares términos a la de 30 de diciembre de 2013, reconoce la legalidad del acuerdo de la Junta de Gobierno, de fecha 28 de enero de 2013, por el que se deniega la aprobación inicial de la modificación del Plan Parcial (...) señalando lo siguiente: «Este Plan Parcial había sido aprobado en 1978 y modificado en 1995 para adaptarlo a la nueva vía de cornisa trazada por el Plan General de Ordenación Urbana de 1992. En el año 2007 se publica el PTOE “Sistema viario del área metropolitana” que sustituye la vía de cornisa por la circunvalación norte modificando su trazado. A este nuevo plan es al único que tiene que adaptarse el Plan Parcial, según la parte recurrente que ha negado expresamente en la vía administrativa y en la judicial que la necesidad de adaptarse a las diferentes normas sobrevenidas. Sin embargo, la actuación administrativa impugnada se basa en que también tiene que adaptarse a toda la legislación aprobada después de 1995, tanto las nuevas leyes como el planeamiento de rango superior, que son incumplidas por el proyecto desestimado en relación con reservas de suelo, protección de laderas y paisaje además de algunos otros incumplimientos sustanciales que harían inviable la propuesta tal y como ha sido planteada. Esta nueva legislación aplicable según la Administración demandada se concreta en la Ley del Territorio de Canarias y Espacios Naturales Protegidos de 2000 y la Ley de Directrices de 2003. Además, se han aprobado otros instrumentos de ordenación jerárquicamente prevalentes: el Plan Insular de Tenerife, el Plan del Paisaje de Tenerife y la adaptación básica del PGO del Ayuntamiento de Santa Cruz de Tenerife. Cuarto.–Si el Plan Parcial ha de adaptarse a todas estas normas y planes superiores, el recurso no podría prosperar pues ha de quedar justificado en el expediente administrativo el cumplimiento de todas las normas vigentes y no sólo el PTEO-SVAM, lo que no puede afirmarse aquí ante las dudas que suscitan los informes administrativos los cuales no han sido debidamente refutados con pruebas idóneas para ello”, recordando que “la entrada en vigor de una Ley deroga tácitamente todas las disposiciones normativas que contradigan o resulten incompatibles con la anterior (artículo 1.2 y 2.2 del Código Civil y artículo 6 de la Ley Orgánica del Poder Judicial) salvo el régimen transitorio”.

Posteriormente, la sentencia de 21 de julio de 2016 conoce de la impugnación del Acuerdo de 30 de julio de 2013 por el que la COTMAC aprueba parcial y definitivamente el Plan General de Ordenación de Santa Cruz de Tenerife incluyendo una modificación de la ordenación prevista para el ámbito “(...)” en donde se elimina el régimen de suelo transitorio que conservaba desde la aprobación del Plan Parcial de 1995, otorgando a dicho sector una nueva calificación de Suelo Urbanizable Sectorizado No Ordenado, señalando al respecto que “el Plan Parcial de 1978 establecía un plan de etapas para desarrollar la ejecución de (...), que en sus determinaciones se distribuía en el cumplimiento de tres etapas de cinco años cada una, que resultó rotundamente

incumplido por causas no imputables a la Administración o en todo caso a las propias disensiones de los titulares propietarios y tal es así, que el Plan Parcial aun, no estaba en ejecución material cuando entró en vigor la Ley 9/1999. Pues bien, por la Disposición Transitoria Primera del TRLOTENC, la entrada en vigor de la Ley de Ordenación 9/1999 del Territorio de Canarias, supuso la inmediata aplicación del Título III a todos los planes de desarrollo que no se hallaren en curso de ejecución, aplicando a estos la nueva regulación sobre ejecución del planeamiento de ordenación de los recursos naturales territoriales y urbanísticos, lo cual supuso la necesidad de adaptación del Plan Parcial (...) a los nuevos estándares sobre pendientes; la adaptación al Plan Territorial Especial de Ordenación del Sistema Viario; la adaptación a la delimitación del Parque Rural de (...), que ni en el plazo previsto ni después de él fue capaz de concretar, siendo buena prueba la resolución del Director General de Ordenación del Territorio, que desestimaba la solicitud formulada por la Junta de Compensación, para obtener la exclusión del procedimiento de Evaluación Ambiental Estratégica y la emisión del informe sobre la adaptación al Plan Territorial Especial del Sistema Viario del área metropolitana de Santa Cruz de Tenerife, que fue confirmada por la Sala en nuestra sentencia de 30 de diciembre de 2013. Cuarto.—Que por tanto el terreno del Plan Parcial (...), ni se ejecutó ni se desarrolló en los plazos establecidos, ni ha sido objeto de ninguna patrimonialización ganada por parte de sus promotores, estando plenamente justificada la pérdida del carácter transitorio de su suelo al de Suelo Urbanizable Sectorizado No Ordenado. En este sentido la abundante jurisprudencia, que por reiterada huelga su cita, establece muy a las claras que mientras no se produzca la efectiva patrimonialización de los aprovechamientos urbanísticos por haberse ultimado la actividad de ejecución, solamente podemos hablar de expectativas de derecho generadas por el plan, pero que no tienen un contenido estrictamente patrimonial y no se integrarán al derecho de propiedad del suelo».

Finalmente, sobre la ordenación urbanística de aplicación debe destacarse que por sentencia de 21 de julio de 2017 dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Primera, del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, se declara la nulidad del Plan General de Ordenación de Santa Cruz de Tenerife de 2013. Por Acuerdo de la Comisión Autonómica de Informe Único de 2 de octubre de 2020, se dispuso la toma de conocimiento y se publicó en el «Boletín Oficial de Canarias» número 219, de 27 de octubre de 2020. Por lo que, de conformidad con el artículo 72.2 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, desde ese día decayó la vigencia del PGO-13 y retomó su vigencia la normativa anterior, de modo que todos los informes técnicos, jurídicos y resoluciones que se dicten a partir de esta fecha deberán realizarse conforme a la misma.

Respecto a la normativa anterior que recobra vigencia, debe señalarse que está constituida por el PGOU-92 aprobado definitivamente el 7 de enero de 1992 y el Instrumento de Adaptación Básica al DL-1/2000 aprobado definitivamente por la Comisión de Ordenación del Territorio y Medio Ambiente de Canarias, de forma parcial, el día 30 de noviembre de 2005. El acuerdo se publicó en el «Boletín Oficial de Canarias» el 10 de febrero de 2006. El texto íntegro de las Normas Urbanísticas se publicó el día 1 de marzo de 2006 en el «Boletín Oficial de la Provincia de Santa Cruz de Tenerife» (número 30 de 2006) y los parámetros de ordenación pormenorizada se publicaron el día 15 de febrero de 2007 en el «Boletín Oficial de la Provincia de Santa Cruz de Tenerife» (número 23 de 2007).

De estos antecedentes podemos concluir que no obstante la anulación del Plan General de 2013, la posible vigencia actual del Plan Parcial de 1995 se ve condicionada por su necesaria adaptación a las normas aprobadas con posterioridad que continúan vigentes, y que los terrenos del Plan Parcial (...) no se ejecutaron ni desarrollaron en los plazos establecidos, ni ha sido objeto de ninguna patrimonialización de los aprovechamientos urbanísticos, por lo que solamente podemos hablar de expectativas de derecho generadas por el plan y no se integran al derecho de propiedad del suelo.

Sin que proceda hacer pronunciamiento alguno sobre la concreta calificación del suelo de referencia en la actualidad pues el mismo compete al órgano competente

municipal encargado de la aplicación del planeamiento y sin que pueda valorarse la certificación municipal de 12 de junio de 2020 por referirse al planeamiento anulado.

Como señalamos en la Resolución de 25 de mayo de 2021, el artículo 39.4 del Real Decreto 1093/1997 permite la apertura de folio independiente al aprovechamiento, entre otros supuestos, cuando: «En los sistemas de gestión privada en que la ejecución de la urbanización corresponde a los particulares, cuando una cuota de valor de las mismas se haga constar en unidades convencionales de aprovechamiento y se adjudiquen éstas a empresas urbanizadoras o se transmitan por cualquier título a tercero, antes de la aprobación definitiva del proyecto de equidistribución correspondiente».

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

En el caso de la legislación urbanística canaria, el artículo 209 de la Ley 4/2017, de 13 de julio, establece que el establecimiento y adjudicación de un sistema privado requerirá contar, con carácter previo, con la ordenación pormenorizada aprobada, y cuando no exista dicha ordenación, deberá aprobarse el correspondiente plan parcial o, en su caso, el plan especial en un procedimiento diferente al de establecimiento y adjudicación del sistema, sin perjuicio de la posibilidad de la tramitación simultánea.

Por su parte, el artículo 16 del Decreto 183/2018, de 26 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de Gestión y Ejecución del Planeamiento de Canarias establece que: «1. La unidad de actuación es una superficie de suelo, debidamente delimitado, que sirve de referencia para las operaciones jurídicas y materiales de ejecución de la ordenación pormenorizada que permita garantizar el cumplimiento conjunto de los deberes y obligaciones establecidos legalmente y la distribución equitativa y proporcional de los beneficios y cargas derivadas de la ordenación, incluido el coste de la gestión y ejecución, realizándose todo ello a través del sistema de ejecución o procedimiento que se determine», y se consideran unidades de actuación: «b) Los sectores de suelo urbanizable ordenado delimitados por el planeamiento y que se consideren a efectos de su gestión y ejecución como una unidad de actuación en sí mismos o, en su caso, las unidades de actuación en las que el planeamiento divida un sector de suelo urbanizable ordenado».

Conforme al artículo 17 el ejercicio de la actividad de gestión y ejecución en unidades de actuación, cualquiera que sea el sujeto legitimado, requerirá la previa aprobación del planeamiento que establezca la ordenación pormenorizada que legitime la actividad de ejecución, según la clase y categoría de suelo de que se trate, así como la determinación del sistema de ejecución para su desarrollo.

Respecto a los efectos derivados de la inclusión de terrenos en la unidad de actuación señala el artículo 21 que «una vez entra en vigor el planeamiento que delimita una unidad de actuación, los terrenos incluidos en la misma quedan en situación de reparcelación, salvo que se declare su innecesaridad según lo dispuesto en el Capítulo siguiente o se establezca el sistema de ejecución pública por expropiación, con prohibición del otorgamiento de licencias de parcelación y edificación hasta la firmeza en vía administrativa».

Por tanto, en el presente caso si atendemos a los antecedentes antes expuestos sobre la falta de vigencia de Plan Parcial, tratándose de terrenos en situación de suelo urbanizable no resulta acreditada su inclusión en la correspondiente unidad de actuación ni el establecimiento del sistema de gestión privada, previa aprobación de la correspondiente ordenación pormenorizada, que permite la aplicación del artículo 39.4 del Real Decreto 1093/1997.

Téngase en cuenta que en la legislación canaria, según el artículo 43.1.a) de su ley, sólo las personas propietarias de suelo urbanizable ordenado tendrán, derecho «al aprovechamiento urbanístico resultante de la aplicación a la superficie de sus respectivas fincas, originarias o iniciales, del 90% del aprovechamiento urbanístico medio correspondiente del sector», a diferencia de la persona propietaria de suelo

urbanizable no ordenado que sólo tiene derecho a usar, disfrutar y disponer de los terrenos como cualquier propietario de suelo rústico –artículo 41–.

Por lo que debe confirmarse el defecto en cuanto a la exigencia de acreditación de la inclusión de las fincas registrales en unidad de actuación y el propio establecimiento del sistema de gestión privada mediante certificación del órgano competente municipal.

Sin embargo, no es indispensable que dicha afección conste registralmente pues como dijo la meritada Resolución de 25 de mayo de 2021, no es condición necesaria de aplicación del artículo 39.4 del Real Decreto el que ordene la extensión de la nota marginal de expedición de certificación de titularidad y cargas a que se refiere el artículo 5 del Real Decreto 1093/1997, que es una nota de publicidad de carácter no constitutivo, aunque con otros importantes efectos jurídicos en la inscripción del proyecto.

6. El siguiente defecto, relacionado con los anteriores, se refiere a la exigencia de concreción y acreditación del aprovechamiento y su reconocimiento por el Ayuntamiento sobre las fincas respecto de las que se pretende, con especificación de todos los requisitos necesarios para su inscripción que prevé el Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio.

En el convenio objeto de análisis, como se ha expuesto, no se concretan las unidades de aprovechamiento que se transmiten, sino que se refiere a la atribución de un porcentaje del que pueda corresponder a las fincas afectadas lo que resulta contrario a lo dispuesto en el artículo 43 en relación al artículo 34 del Real Decreto 1093/1997 y a las exigencias del principio de especialidad.

Resulta imprescindible identificar el objeto de transmisión en cuanto al número de unidades de aprovechamiento que corresponde a cada una de las fincas afectadas antes de la misma, la parte correspondiente a cada cotitular, la cuantía del aprovechamiento transmitido o distribuido, la cuantía del aprovechamiento a que queda reducida la finca, conforme al principio de especialidad que rige nuestro sistema registral al exigir tal determinación (cfr. artículos 9, 21 y 30 de la Ley Hipotecaria y 51 de su Reglamento, en relación al artículo 34 del Real Decreto).

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

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

Ello no planteará especial problema cuando se trate de aprovechamientos reconocidos por la Administración –cfr. artículo 39.2 del Real Decreto 1093/1997 o artículo 119.2 del Real Decreto 1373/2009, de 28 de agosto– pero en otro caso aunque pueda admitirse la posibilidad teórica de transmitir a tercero todo o parte del aprovechamiento asociado a una determinada finca en el caso de actuaciones sistemáticas el mismo se encuentra sometido a una natural indeterminación hasta su concreción en el instrumento de equidistribución que por su carácter integrado impone ponderar y mensurar los derechos de los propietarios respectivos –cfr. artículo 41.2.e) del Decreto 183/2018–.

No obstante, no debe confundirse la necesidad de tal acreditación municipal de las concretas unidades de aprovechamiento correspondientes a cada finca con la exigencia de autorización o aprobación administrativa de la transmisión que en este supuesto no

resulta necesaria al no tratarse de un supuesto de transferencia como técnica de equidistribución –artículo 37 del Real Decreto 1093/1997–.

Por lo que se confirman los defectos relativos a la exigencia de concreción de las unidades de aprovechamiento que corresponde a cada una de las fincas afectadas y a sus respectivos titulares antes de la misma, la cuantía del aprovechamiento transmitido o distribuido respecto a cada una, así como la exigencia de su acreditación por parte del Ayuntamiento, lo que podrá hacerse mediante el acto de aprobación inicial del proyecto de reparcelación, según se ha razonado.

7. Finalmente, el último defecto opuesto por la registradora se refiere a la exigencia de consentimiento de los actuales titulares registrales de las fincas.

Argumenta citando el artículo 35 del Real Decreto 1093/1997, en consonancia con el anterior artículo 33, y con el artículo 20 de la Ley Hipotecaria, respondiendo al principio registral de tracto sucesivo, señala que la transferencia de aprovechamiento debe ser consentida por los titulares dominicales y de cualquier otro derecho o carga inscrito sobre la finca de origen y la de destino.

En el supuesto objeto de calificación resulta que las fincas aparecen inscritas, en parte, a nombre de personas distintas de las que firmaron el acuerdo de transferencia o pudieron aceptarlo en los títulos posteriores aportados y, en todo caso, distintas del presentante.

De nuevo, cabe recordar que nos encontramos ante un supuesto de transmisión a otro sujeto, no de transferencia de una finca a otra, por lo que sí sería posible teóricamente que la misma se refiera a la parte de aprovechamiento correspondiente al titular registral que figure como otorgante del negocio sin necesidad de consentimiento de los demás al igual que es posible la transmisión independiente de una cuota indivisa de dominio –cfr. artículo 43 del Real Decreto–.

Lo que ocurre en el presente caso, es que el recurrente realiza una interpretación unilateral de los términos del convenio que no cabe admitir, como se ha expuesto, ni tampoco resultan acreditadas las concretas unidades de aprovechamiento de que puede disponer cada titular ni las propias que son objeto de transmisión en el convenio.

Por lo que en este sentido el defecto debe confirmarse.

Se confirma asimismo el carácter insubsanable del defecto conforme al artículo 20 de la Ley Hipotecaria.

Esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso y confirmar la calificación.

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

Madrid, 4 de mayo de 2022.–La Directora General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, Sofía Puente Santiago.