

3. URBANISMO

LA ANOTACIÓN DE EMBARGO SOBRE EL EXCESO DE EDIFICABILIDAD DE UN SOLAR, ACREDITADO MEDIANTE CERTIFICACION ADMINISTRATIVA

por

GABRIEL SORIA MARTÍNEZ

Abogado

Comentario a la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 30 de mayo de 2009 (*BOE* núm. 145, de 16 de junio de 2009).

Inscripción de aprovechamiento, anotación, embargo, principio de especialidad, concepto de finca registral y parcela urbanística, división horizontal, sobreedificación. Reserva de edificabilidad a favor del vendedor. Examen de los artículos 17 y 52 del *TRLR* de 2008 y el artículo 77 del Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. ANTECEDENTES DE LA RESOLUCIÓN.—III. COMENTARIOS: 1. LA NATURALEZA JURÍDICO-REAL DEL APROVECHAMIENTO URBANÍSTICO Y LAS CONDICIONES REGLAMENTARIAS PARA SU CONSTANCIA REGISTRAL. 2. LA NATURALEZA DEL DERECHO OBJETO DE EMBARGO Y LA POSICIÓN TRADICIONAL DE LA DIRECCIÓN GENERAL EN MATERIA DE RESERVA DEL DERECHO DE VUELO Y ELEVACIÓN SOBRE FINCAS EDIFICADAS. 3. EL ALCANCE DEL MANDAMIENTO JUDICIAL Y LA DEFINICIÓN DEL OBJETO DE DERECHO EN LA CERTIFICACIÓN ADMINISTRATIVA: LA ASUNCIÓN POR LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS NUEVOS CONCEPTOS DE FINCA Y PARCELA URBANÍSTICA Y SU TRASCENDENCIA REGISTRAL EN ESTE CASO. 4. LA INNECESARIEDAD DE CONSENTIMIENTO DE LOS TITULARES REGISTRALES DE LA FINCA, DERIVADA DE LA CONSTANCIA REGISTRAL DE LA RESERVA DEL DERECHO A SOBRE ELEVAR.—IV. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN

El pasado 30 de mayo de 2009, la Dirección General de los Registros y del Notariado tuvo ocasión de pronunciarse acerca de la posibilidad de inscribir una anotación de embargo sobre el exceso de edificabilidad atribuido por el Planeamiento urbanístico a una finca, respecto del cual existía reserva expresa a favor del embargo frente a los titulares registrales del dominio de la finca inscrita, constante en el Registro.

La citada Resolución resuelve la cuestión aplicando razonadamente el régimen de inscripción del aprovechamiento urbanístico, la jurisprudencia de la propia Dirección General y la nueva legislación del Suelo que redefine los conceptos de finca y parcela, aunque respetando la definición hipotecaria de finca registral.

A continuación examinaremos las cuestiones que suscitan el título presentado, la negativa del Registrador competente, el recurso gubernativo y finalmente la Resolución dictada.

II. ANTECEDENTES DE LA RESOLUCIÓN

Presentado un mandamiento ordenando la anotación preventiva de embargo sobre el excedente de edificabilidad que correspondía a un solar del ejecutado, el Registrador titular competente lo calificó negativamente en virtud de diversas deficiencias entre las que destacaba la que da lugar a la posterior resolución y que se identifica en la nota de calificación de la manera siguiente:

«Presentado nuevamente el título, se acompaña al mismo Certificación... por... Secretaria accidental, por Decreto de Delegación de fecha 23 de julio de 2007, del Excelentísimo Ayuntamiento... en la que se afirma la existencia, originariamente, de un exceso de edificabilidad; el cual, sin embargo, ha quedado parcialmente absorbido por un exceso de obra anterior. Un documento del que no puede entenderse acreditada, sin embargo, la constancia registral de ese exceso de aprovechamiento urbanístico sobre la finca a que se refiere el mandamiento que se pretende anotar».

La nota de calificación se basó, además de en la afirmación del principio de calificación registral del artículo 18 de la Ley Hipotecaria y en los siguientes Fundamentos de Derecho:

«2. No es posible la práctica de anotación preventiva sobre derecho alguno que no aparezca inscrito, conforme a las exigencias derivadas del principio hipotecario de tracto sucesivo (arts. 20 de la Ley Hipotecaria y 140 de su Reglamento), debiendo en tal caso denegarse la práctica del asiento solicitado».

El recurso gubernativo apelaba a la previsión del Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio, en lo que a la inscripción de la transferencia y gravamen de aprovechamiento se refiere, y a la constancia por nota marginal de tal aprovechamiento cuando integra la finca a la que acrece e incluso como inscripción separada, añadiendo que en la escritura de obra nueva y división horizontal se reservó el promotor el derecho a construir en las zonas comunes o sobre el vuelo de los edificios el total volumen edificable a que con arreglo a la Ley tenían derecho, y que, en cuanto a la posibilidad de edificar el exceso, se acreditaba con la oportuna certificación municipal.

La Dirección General dictó su Resolución de 30 de mayo de 2009, en la que estima el recurso gubernativo con base en los siguientes Fundamentos de Derecho:

«Vistos los artículos 20 de la Ley Hipotecaria; artículos 62 y siguientes de la Ley 7/2002, de 17 de diciembre, de Ordenación Urbanística de Andalucía; artículos 33 y siguientes y 77 del Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio; artículo 17 del Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Suelo; y la Resolución de esta Dirección General de 5 de abril de 2002.

1. Se debate en este recurso si es procedente la práctica de una anotación de embargo sobre un exceso de edificabilidad que no consta previamente inscrito en el Registro, cuando se acompaña certificación urbanística del Ayuntamiento de Mijas, donde radica el inmueble, en el que a requerimiento del Juzgado se certifica la edificabilidad proyectada para el que se ha concedido la licencia y el derecho existente a un mayor volu-

men edificable y superficie de ocupación de la edificación existente sobre la total superficie de la parcela.

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

3. Fiel a esta concepción, las normas complementarias al Reglamento Hipotecario en materia urbanística, admiten la posibilidad de que el aprovechamiento urbanístico de una finca —en la medida que esté así reconocido en el planeamiento urbanístico—, que forma parte del contenido del dominio y por tanto está implícito en la descripción meramente perimetral de la finca registral, pueda independizarse y a modo de agregación pasar a formar parte de la finca a la que se transfiere haciéndose constar por nota marginal (cfr. art. 77 del Real Decreto 1093/1997), o bien —a modo de segregación— pasar a formar finca registral independiente (cfr. art. 39 del Real Decreto 1093/2007). Pero nada impide que forme parte de la propia finca beneficiaria del aprovechamiento urbanístico.

4. En el supuesto que nos ocupa existe un solar que es objeto de embargo en cuanto a su exceso de edificabilidad. Y se acompaña certificación urbanística del Ayuntamiento que describe pormenorizadamente —cumpliendo así suficientemente lo dispuesto en el art. 34 del Real Decreto 1093/1997— el exceso de edificabilidad existente sobre la parcela. En concreto se especifica —entre otros extremos— que la edificación que obtuvo licencia ocupa un 36,14 por 100 de la parcela, esto es, 1.807 m² ocupados, estando permitida una ocupación máxima del 40 por 100 respecto de la superficie total de la parcela que es de 5.000 m², esto es, 2.000 m², por lo que podría aumentarse la ocupación en 193 m². Al mismo tiempo se certifica que respecto a la licencia de obras concedida quedan 464 m² de edificabilidad por consumir, al haberse consumido solamente 1,24 m² de techo edificable por metro cuadrado. En definitiva, la calificación urbanística aportada junto con el mandamiento de embargo permite delimitar suficientemente el aprovechamiento urbanístico perteneciente a la finca embargada, de manera que ningún obstáculo existe a la práctica del embargo sobre él, que deberá hacerse constar —previa delimitación del mismo— en el folio de la finca. Sólo en el caso de ejecución del embargo podrá configurarse como finca independiente o adscribirse por nota marginal a otra finca.

5. Por otra parte el exceso de edificabilidad sobre la parcela se lo reservó expresamente el promotor en la escritura de declaración de obra nueva y división horizontal sobre la misma. Por lo que ningún inconveniente existe, desde la perspectiva del tracto sucesivo, a la anotación preventiva del embargo sobre ese exceso de edificabilidad —verdadero derecho de aprovechamiento urbanístico materializable—, pues aún es parte del

contenido de la finca registral y por tanto aún está inscrito a favor de la sociedad promotora ejecutada, por lo que no será necesario el consentimiento de los titulares de derechos sobre los elementos independientes que pudieran haber resultado de la división horizontal.

En consecuencia, esta Dirección General ha acordado estimar el recurso y revocar la nota de calificación del Registrador en los términos que resultan de los anteriores pronunciamientos».

Aunque la Resolución es clara y sostiene un discurso sencillo, en realidad se trata de un caso particular y complejo que obliga a aplicar el derecho de una manera integradora, puesto que confluyen la existencia de un complejo inmobiliario, la reserva de un derecho de vuelo o elevación, la condición de mandamiento judicial del título, la concreción de la edificabilidad materializable y la superficie de suelo sobre la que podría construirse en una Certificación municipal administrativa, lo que suscita una serie de cuestiones de interesante análisis, que trataremos de examinar a continuación.

III. COMENTARIOS

1. LA NATURALEZA JURÍDICO-REAL DEL APROVECHAMIENTO URBANÍSTICO Y LAS CONDICIONES REGLAMENTARIAS PARA SU CONSTANCIA REGISTRAL

Que el aprovechamiento urbanístico es una cosa, en el sentido jurídico, susceptible de ser el objeto de derecho de una relación jurídico-real, lo acepta no sólo la doctrina o la jurisprudencia, sino la legislación, a través de la reforma que planteó la Ley 8/1990, de 25 de julio, el Texto Refundido de 26 de junio de 1992 y el posterior Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio. En los Comentarios a la Resolución de la DGRN de 11 de noviembre de 2002, publicados en el número 682 de esta *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, páginas 1082 y siguientes, y en el artículo titulado «La inscripción de la opción de compra del aprovechamiento urbanístico sobre fincas pendientes de parcelación», publicado en el número 694, páginas 796 y siguientes, ya expuse esta evidencia. LASO MARTÍNEZ y LASO BAEZA, en su obra «El aprovechamiento urbanístico», Marcial Pons y Centro de Estudios Registrales de Cataluña, así lo indicaban anteriormente cuando decían en la página 26, por ejemplo, que «*el aprovechamiento urbanístico es evidente que determina el contenido económico de un bien y, por ende, le convierte en objeto de derecho, aunque ligado al suelo del que dimana*».

En el primero de los artículos citados, el referido a la Resolución de la DGRN de 11 de noviembre de 2002, se enumeraban las características del aprovechamiento urbanístico en los siguientes términos:

«Las notas características del aprovechamiento urbanístico son, en definitiva, las siguientes:

a) Se trata de un objeto del derecho y no de una facultad del derecho de propiedad, por lo cual es transmisible y se permite su inscripción en folio separado en el Registro de la Propiedad.

b) Este objeto de derecho es, sin embargo, de carácter inmaterial y depende exclusivamente de su configuración y asignación en el planeamiento urbanístico como norma y acto administrativo que lo define y lo atribuye.

c) *El dinamismo del Plan y la posibilidad de su modificación, revisión o anulación comportan la provisionalidad del aprovechamiento urbanístico como objeto de derecho, que resulta ser así lábil y fácilmente alterable, sustituible o perecedero, mientras no se materialice.*

d) *Siendo objeto de derecho, no es, por otra parte, en sí, un derecho y aunque su origen, definición y existencia dependen de actos administrativos, no se puede identificar como un derecho real administrativo, como sucede con las concesiones administrativas o la reversión expropiatoria, por ejemplo.*

Siendo éstas las notas características del aprovechamiento, su acceso al Registro está plenamente justificado para garantizar el tráfico jurídico como objeto de derecho ligado al inmueble, dotarle de la publicidad necesaria para favorecer la seguridad jurídica de los titulares de derecho sobre él, pero por el hecho de estar inscrito, no se consolida con independencia de los actos de la Administración».

Las condiciones para que el aprovechamiento urbanístico sea inscribible como finca independiente, de acuerdo con el ordenamiento positivo son las que expresa el artículo 39 del Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio cuando declara:

«El aprovechamiento urbanístico se inscribirá como finca especial disgregada del suelo y mediante apertura de folio independiente, en los siguientes casos:

1. *Cuando la Administración solicite que el aprovechamiento que le corresponda se inscriba bajo esta modalidad, como disgregado de la finca o fincas de que procede.*

2. *Cuando tenga lugar la ocupación directa de fincas mediante el reconocimiento de unidades de aprovechamiento en los casos previstos por las leyes.*

3. *En los casos de expropiación forzosa de fincas determinadas en los que el justiprecio consista en la atribución posterior de fincas futuras pendientes de formación.*

4. *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 su parte, el artículo 33 se refiere a la inscripción de las transferencias de aprovechamiento entre diversas fincas registrales, sean del mismo o distinto titular, exigiendo el otorgamiento de escritura pública y el consentimiento de los titulares afectados, aclarando que: *«la transmisión o distribución será objeto de inscripción en el folio de la finca a la que el aprovechamiento acrece o entre las que se distribuya, y se hará constar por nota al margen de la última inscripción de dominio de la finca de que proceda».*

En aplicación de ese régimen jurídico y de la legislación hipotecaria, la Dirección General ha admitido la inscripción de derechos reales sobre el aprovechamiento urbanístico en aplicación de lo dispuesto por el anterior Texto Refundido de la Ley del Suelo de 1992 en su artículo 307.5 cuando se refería

a los actos de gravamen y transferencia del aprovechamiento urbanístico, como el actual artículo 51.5 del Texto Refundido de la Ley del Suelo, de 20 de junio de 2008, así, por ejemplo, la inscripción de la opción de compra en la Resolución de 11 de noviembre de 2002.

2. LA NATURALEZA DEL DERECHO OBJETO DE EMBARGO Y LA POSICIÓN TRADICIONAL DE LA DIRECCIÓN GENERAL EN MATERIA DE RESERVA DEL DERECHO DE VUELO Y ELEVACIÓN SOBRE FINCAS EDIFICADAS

En el caso que analizamos en los presentes Comentarios, el derecho objeto de embargo y sobre el que recae la anotación parece, en realidad, un derecho a edificar una superficie *a priori* indeterminada, aunque determinable, sobre una finca sometida al régimen de propiedad horizontal, bien por elevación, bien en la parte vacante del suelo no edificada, y a adquirir el dominio sobre el vuelo edificado. Así se entiende, al analizar el resumen del recurso gubernativo que contiene la Resolución cuando literalmente dice: «que en la escritura de obra nueva y división horizontal otorgada por la entidad ejecutada se reservó el promotor el derecho a construir en las zonas comunes o sobre el vuelo de los edificios el total del volumen edificable a que con arreglo a la ley tengan derecho».

De la certificación municipal resulta un área no edificada, susceptible de albergar la edificación a construir de 193 m² y la edificabilidad materializable de 464 m². El derecho a sobreedificar o al vuelo se admite por el Código Civil y el artículo 16 del Reglamento Hipotecario, relación con el artículo 8 de la Ley Hipotecaria, requiriendo, de acuerdo con la jurisprudencia, el respeto al artículo 396 del Código Civil. Así lo advirtió, por ejemplo, la sentencia del Tribunal Supremo, de 10 de mayo de 1999, por lo que en el caso que comentamos resultaría interesante saber cómo se resolvía la reserva del derecho a edificar sobre las zonas comunes. En efecto, la citada sentencia declaró en sus Fundamentos Cuarto y Quinto:

«El único motivo del recurso se basa en la vulneración del artículo 396 del Código Civil por parte de la sentencia recurrida. Indudablemente, un reconocimiento del derecho de vuelo, que grave un edificio constituido en régimen de propiedad horizontal, pugna frontalmente con la normativa explícita de dicho precepto y por ello es preciso casar la sentencia recurrida.

Con frecuencia se autorizan escrituras notariales en las que el constructor de una casa de pisos constituye el edificio en régimen de propiedad horizontal, y, con vistas a la próxima enajenación de las viviendas, se reserva el derecho a levantar una o varias plantas, derecho que ejercitará cuando ya los diferentes pisos pertenezcan a terceros adquirentes, es decir, dispone de lo que no es suyo.

Jurídicamente considerado, el negocio es muy sutil. Cuando todavía el edificio es suyo, el constructor se reserva el derecho de levantar una o más plantas, lo cual guarda congruencia con el ius aedificandi o facultad de construir usque ad caelos et ad inferos, que caracterizó tradicionalmente a la propiedad plena. Pero este derecho reservado se ejercitará normalmente cuando ya los diversos pisos pertenezcan a extraños, con lo que funcionará como un auténtico ius in re aliena o propio derecho real en cosa ajena.

El examen de la reserva del derecho de elevación propicia una cierta proclividad a considerar que estamos en presencia de una situación condicional, a pensar que todo depende de que, en su día, se levante o no un nuevo piso.

*Pero lo cierto es que no hay tal, sobre todo si ponemos la vista en las condiciones propias, en las determinaciones accesorias de la voluntad, emanadas de la voluntad de las partes contratantes. Sin olvidar, por otra parte, la posible incidencia de una *condictio iuris*. Para que admitiésemos la existencia de una condición negocial sería preciso que la adquisición del derecho de elevación se hiciera depender de un hecho incierto. Por ejemplo, si se utilizara ésa o parecida fórmula: "si vendo el ático del inmueble, me reservo el derecho de levantar un nuevo piso..."*

En las escrituras más corrientes, el constructor se reserva el derecho de una forma rotunda y sin hacerlo depender de futuras contingencias. Por tanto no existe auténtica condición.

*Lo que ocurre es que la condicionalidad subyace en la entraña de esta figura jurídica. Evidentemente hay una *condictio iuris* que afecta, no al nacimiento del derecho de elevación, sino a la adquisición de la edificación resultante del ejercicio de tal derecho. Todo depende de que el reservista edifique o no. Adquirirá el nuevo piso superpuesto si edifica. No, en caso contrario.*

QUINTO

Las decisiones adversas al recurrente se han basado en el artículo 5 de la Ley de Propiedad Horizontal que, según interpreta el juzgador a quo, permite al constructor establecer cláusulas sobre el uso de los elementos comunes.

Que esto no es así, lo patentiza la redacción literal del precepto: "El título podrá contener... disposiciones no prohibidas por la ley en orden al uso y destino del edificio... instalaciones y servicios..."

Pero este artículo 5 de la Ley no avala sino que descalifica las afirmaciones del reservista del derecho de elevación.

El uso y destino de los elementos comunes de un edificio constituido en propiedad horizontal no puede decidirse por quien, habiendo transmitido todas las viviendas de que consta, ya carece de vinculación jurídica con la comunidad de propietarios, y si éste, arrogándose facultades de que carece, quiere regular el uso de tales ingredientes de la casa (entre los que están las azoteas) estará conculcando el derecho positivo, adoptando decisiones prohibidas por la ley y por lo tanto nulas.

Por su parte, la Dirección General ha declarado en Resoluciones como la de 6 de noviembre de 1996 o la de 26 de septiembre de 2000 que: "Un primer aspecto del defecto inicial de la nota impugnada que ha de analizarse aisladamente es el de la no especificación del plazo en el que deben realizarse las obras autorizadas por el derecho de vuelo concedido; al respecto ha de señalarse que aunque ciertamente tal determinación no figura en el artículo 16.2 del Reglamento Hipotecario vigente al tiempo de formularse la calificación impugnada, resulta sustancial tanto para una perfecta delimitación del derecho real que se constituye (cfr. art. 9 de la Ley Hipotecaria) como por la necesidad de observar y respetar las normas

estructurales del estatuto jurídico de los bienes, entre ellas, la exclusión, cuando no haya causa que lo justifique, de gravámenes perpetuos e irredimibles (arts. 781, 785, 400, 515 y 640 del Código Civil)».

Siguiendo a José Luis ARJONA GUAJARDO-FAJARDO, en el estudio «El derecho de vuelo en nuestro Ordenamiento», publicado en esta *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, en su número 664, páginas 684 y 685, identificamos tres posiciones doctrinales para definir la naturaleza jurídica del derecho de vuelo:

«a) Que se trata de un derecho de propiedad del espacio aéreo que existe sobre un inmueble con construcción realizada o proyectada, perteneciente a distinto titular, y en régimen de propiedad horizontal (ya existente o, al menos, previsto para cuando se ejercite el referido derecho de sobreelevación).

b) Que se trata de un poder de hacer surgir, o modificar si ya existe, el régimen de propiedad horizontal, sobre el edificio en que aquél se apoya. En este sentido se dice que, aunque en los primeros momentos se presenta bajo la apariencia de un ius in re aliena, esto no responde, sin embargo, a su más auténtica realidad, ya que el derecho a sobreelevar, al ejercitarse, se transforma y diluye en el de propiedad horizontal. En definitiva, se trataría de un caso de concurrencia de titularidades jurídico-reales sobre un edificio.

c) Se ha sostenido también que, para la correcta configuración de este derecho, es oportuno distinguir en su operatividad una doble fase; y después, una vez realizada la anterior, en el sometimiento de ésa a un mismo régimen —el de la propiedad horizontal— junto con la edificación preexistente, con la que pasa a formar una unidad orgánica. La primera fase tendría, pues, una naturaleza medial, orientada a la segunda, que podría calificarse de plenitud».

De las tres, ninguna es el derecho al aprovechamiento en sí. No es el derecho de propiedad sobre un espacio aéreo, porque hasta que no se materializa no existe titularidad sobre el espacio que la edificación resultante ocupará; no es un poder de hacer surgir o modificar el régimen de propiedad horizontal, ni presupone la concurrencia de titularidades sobre un edificio, sino un derecho inmaterial de naturaleza urbanística dimanante del suelo, expresado en metros edificables y uno o varios usos determinados que puede materializarse con o sin propiedad horizontal, una vez que se edifica el suelo de destino sobre el que recae. Finalmente, no es en sí la facultad de edificar en suelo ajeno, sino el derecho a ejecutar unas facultades urbanísticas en función del cumplimiento de unos deberes adquiriendo, en su caso, lo edificado. La situación de *ius in re aliena* es propia del derecho de vuelo o elevación, no del aprovechamiento urbanístico en sí que a lo más que llega es a ser, como dijera LASO, un *ave volandera* en las situaciones de apertura de folio independiente por ocupación directa o situaciones semejantes. Otra cosa es que pueda transmitirse con independencia del suelo, o ser objeto de gravamen, pero esta no es su esencia, sino una alternativa del tráfico jurídico, común a todos los bienes.

En el supuesto que resuelve la Resolución de 30 de mayo de 2009 no se está, pues, en un caso de gravamen o medida cautelar sobre el aprovechamiento urbanístico en sí, sino en una anotación sobre un derecho típico al vuelo

y a edificar. En efecto, de la certificación administrativa resulta la plena determinación de la edificabilidad concreta que se puede construir y sobre la superficie vacante que quedaría afectada por la reserva del derecho de vuelo, pero este documento lo único que verifica es la concreción del objeto del derecho. Es decir, ciertamente no constaba en el Registro el llamado exceso de edificabilidad (en realidad, la edificabilidad no consumida por la edificación existente), pero el derecho sobre ese exceso ya constaba, según relata la Resolución, en virtud de la reserva formalizada en la escritura de obra nueva y división horizontal.

El derecho al aprovechamiento no es propiamente un derecho de superficie, de vuelo o de sobreedificación, como el que es objeto de anotación por embargo. No se da en el caso ninguno de los supuestos del artículo 39 del Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio, ni tampoco la transferencia de su artículo 33 o la consolidación del derecho al aprovechamiento del artículo 77, aunque se pueda llegar a apreciar una cierta semejanza con ella. Lo que se produce es el embargo de un derecho de vuelo o sobreedificación, semejante en algunos aspectos a un derecho de superficie que, al quedar suficientemente determinado en su alcance y contenido por la certificación administrativa, puede figurar como un derecho real que grava la finca que recae y que dará lugar a la configuración del dominio de lo edificado en el futuro a favor del titular de ese derecho, si lo ejercita y construye la correspondiente edificación.

Como dijera la sentencia de 10 de mayo de 1999 antes citada, evidentemente en el derecho que analizamos hay una *condictio iuris* que afecta, no al nacimiento del derecho de elevación, sino a la adquisición de la edificación resultante del ejercicio de tal derecho. La certificación municipal concreta detalladamente los parámetros edificatorios vigentes al momento de emitirse, que definen el derecho a edificar, pero también debe recordarse que éstos pueden alterarse vía modificación del planeamiento, sin merma o extensión del derecho, que se definió, en todo caso, sometido al régimen urbanístico sin más precisiones.

En el caso que comentamos no es el mero derecho al aprovechamiento en sí lo que se embarga, aunque lo presupone, porque aquél puede pertenecer a su titular y no ser susceptible de edificación. Es más, el derecho al aprovechamiento en determinadas circunstancias (por ejemplo, cuando se le abre folio con motivo de la ocupación directa) puede recaer sobre una finca futura. En el caso que nos ocupa, el título designa al promotor embargado como titular del aprovechamiento inherente al solar, concediéndole la facultad de edificar en la propia finca: se trata de un estadio más cercano a la materialización de la edificación y la propiedad de lo edificado, una facultad civil más concreta y referida a una titularidad ajena del suelo que, a modo de *ius ad rem* llama hacia la propiedad de lo que se edifique, cuando se edifique, reconociendo, eso sí, la titularidad sobre la edificabilidad que pueda materializarse.

3. EL ALCANCE DEL MANDAMIENTO JUDICIAL Y LA DEFINICIÓN DEL OBJETO DE DERECHO EN LA CERTIFICACIÓN ADMINISTRATIVA: LA ASUNCIÓN POR LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS NUEVOS CONCEPTOS DE FINCA Y PARCELA URBANÍSTICA Y SU TRASCENDENCIA REGISTRAL EN ESTE CASO

El mandamiento judicial, en realidad, recaía sobre un derecho ya inscrito, aunque no concretado suficientemente. Es decir, el embargo no crea el derecho

real sobre el que se practica la anotación, se limita a actuar sobre una reserva de derechos ya inscrita, que pertenecía al embargado. Como hemos visto, lo que verifica la certificación municipal, aportada posteriormente, es la definición exacta de la edificabilidad y la superficie que son objeto de ese derecho en ese momento concreto. De esta manera, se describe con todo detalle el vuelo que puede ser construido por el titular del derecho a edificar o sobreedificar, como se prefiera, aunque no queda claro si configurando una parcela y una finca en términos urbanísticos, lo que, de acuerdo con el artículo 17 del vigente Texto Refundido de la Ley del Suelo, de 20 de junio de 2008, depende de que se trate de una «unidad de suelo o edificación». Esta circunstancia, en el supuesto resuelto por la Resolución de 30 de mayo de 2009, no queda claro. Una cosa es que se pueda edificar un volumen en la finca y otra que ese volumen se considere independiente de ésta a efectos urbanísticos.

La Resolución recuerda que el citado artículo ha redefinido de alguna manera los conceptos de finca y parcela urbanísticas, incrementando la seguridad jurídica en la determinación de los derechos resultantes del planeamiento y los bienes sobre los que recaen, pero que la edificabilidad se integre en el concepto de finca urbana no significa que sea necesariamente una finca, al margen de la labilidad de la edificabilidad, que pende inexorablemente de su determinación en el Plan sometida a eventuales modificaciones, mientras que el perímetro y las dimensiones son permanentes y suponen límites definitorios del alcance del derecho de propiedad.

En definitiva, la alusión a los nuevos conceptos de finca y parcela urbanística es coherente y apoya la evidencia de la desmaterialización del derecho de propiedad y los efectos que ésta tiene en relación con la aplicación del principio de especialidad en los asientos del Registro. Ahora bien, en el caso, al quedar indeterminado en la Escritura que reserva el derecho a embargar dónde se ejercerá éste, admitiendo incluso la elevación, resulta de difícil encaje la nueva definición de finca que parece inaplicable.

4. LA INNECESARIEDAD DE CONSENTIMIENTO DE LOS TITULARES REGISTRALES DE LA FINCA, DERIVADA DE LA CONSTANCIA REGISTRAL DE LA RESERVA DEL DERECHO A ELEVAR O AL VUELO

Tal y como afirma la Resolución, en efecto, no era necesario el consentimiento de los terceros titulares de la finca sobre la que recae el embargo porque no se genera un gravamen sobre su derecho en modo alguno. Lo que se publica es la carga que sobre un derecho constante en el Registro, derivada de un procedimiento judicial, añadiendo la aclaración del volumen edificable y la superficie de suelo susceptible de albergarlo. El derecho se desplegará, por lo tanto, de la manera en que previera dicha Escritura como título constitutivo de la propiedad horizontal y a ella habrá que estarse.

En este aspecto, por lo tanto, no hay matices que reseñar a lo decidido por la Dirección General.

VI. CONCLUSIÓN

A la vista de los anteriores comentarios podemos concluir que la Resolución de 30 de mayo de 2009 es razonable y coherente con el contenido del

Registro preexistente, se somete al régimen legal de los derechos inscritos y al contenido del título que se presentó, pero los términos en que se defiende la decisión no pueden alterar la realidad de que el contenido del derecho sobre el que recae la anotación no es propiamente el del aprovechamiento urbanístico, sino otro de vuelo o elevación con semejanzas respecto al derecho de superficie.

RESUMEN

ANOTACIÓN DE EMBARGO
APROVECHAMIENTO URBANÍSTICO

El pasado 30 de mayo de 2009, la Dirección General de los Registros y del Notariado tuvo ocasión de pronunciarse acerca de la posibilidad de inscribir una anotación de embargo sobre el exceso de edificabilidad atribuido por el planeamiento urbanístico a una finca, respecto del cual existía reserva expresa a favor del embargado frente a los titulares registrales del dominio de la finca inscrita, constante en el Registro. La citada Resolución resuelve la cuestión aplicando razonadamente el régimen de inscripción del aprovechamiento urbanístico, la jurisprudencia de la propia Dirección General y la nueva legislación del suelo que redefine los conceptos de finca y parcela, aunque respetando la definición hipotecaria de finca registral. A continuación examinaremos las cuestiones que suscitan el título presentando la negativa del Registrador competente, el recurso gubernativo y finalmente la Resolución dictada.

ABSTRACT

CAVEAT OF GARNISHMENT
PLANNING USE

On 30 May 2009 the Directorate-General of Registries and Notarial Affairs had the occasion to issue a pronouncement on the possibility of registering a caveat of garnishment on the excess buildable area attributed by city planning officials to a property, with respect to which excess area there was an express reservation in the garnishee's favour against the registered owners of the registered property, as recorded in the registry. The aforesaid decision settled the question by the reasoned application of the procedure for the registration of planning uses, the Directorate-General's own case-law and the new land legislation, which redefines the concepts of «property» and «lot», albeit respecting the definition of «registered property» used for mortgage purposes. Below is an examination of the issues raised by the submitted title, the competent registrar's refusal, the appeal by the government and finally the decision.