

3. URBANISMO

POR EL DESPACHO JURÍDICO Y URBANÍSTICO LASO & ASOCIADOS

ANOTACIÓN DE RECURSO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO, ADQUISICIÓN ORIGINARIA DE FINCA POR MONETARIZACIÓN DE LA CESIÓN DE APROVECHAMIENTO AL AYUNTAMIENTO, Oponibilidad de Tercero y Subrogación Real en la Reparcelación. (Auto del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 24 de noviembre de 2004.)

AUTO de la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid en incidente de medidas cautelares denegando la anotación preventiva de la demanda sobre distintas fincas adjudicadas en un proyecto de compensación, en sustitución de la cesión del 10 por 100 de aprovechamiento al Ayuntamiento por haberse acordado la monetarización.

I. RESUMEN DE LOS HECHOS

Interpuesto recurso contencioso-administrativo contra la aprobación de un Proyecto de Compensación, se solicitó, por otrosí, en el escrito de demanda, la anotación del recurso sobre diversas fincas que habían sido adjudicadas a uno de los promotores, no por aportación de ninguna otra, sino por haberse acordado la monetarización de la cesión del 10 por 100 en su favor. Antes de inscribirse el Proyecto de Compensación, el 10 de septiembre de 2003, se protocolizó ante notario la sustitución del deber de cesión de aprovechamiento en favor de la adjudicataria a cambio del pago parcial y de la entrega de unos pagarés avalados por otra compañía y el Proyecto de Compensación. Esta última, ante el mismo notario y, en ese momento, adquiría por compraventa las fincas adjudicadas en el Proyecto de Compensación a la adjudicataria avalada por ella respecto del pago de la monetarización.

El título del Proyecto de Compensación y la escritura de compraventa se presentaron ante el Registro de la Propiedad posteriormente el 16 y el 17 de septiembre de 2003 y su inscripción tuvo lugar el 18 de diciembre de ese mismo año.

La solicitud se fundaba, entre otros argumentos, referidos a la apariencia de buen derecho, la ponderación de intereses o el ofrecimiento de caución, en la necesidad de la anotación para garantizar la posibilidad de la ejecución de una eventual sentencia estimatoria para evitar la aparición de terceros hipotecarios protegidos por el artículo 34 de la Ley Hipotecaria.

Dado traslado a la compradora, personada en los autos, que ese momento era titular registral de las fincas sobre las que se pretendía la anotación, ésta se opuso a la misma, manifestando, además de que no había apariencia de buen derecho o de que no existía amenaza para el cumplimiento de una eventual sentencia estimatoria, que dicha sociedad había comprado a quien aparecía en el Registro de la Propiedad con facultad de disponer y había obtenido la inscripción de su adquisición. Finalmente, también se alegaban el principio de exactitud del Registro de la Propiedad y la defensa del tercero de buena fe que se fía de lo que en el Registro consta acerca de la existencia del

derecho, de su titularidad y de su extensión, así como de las facultades para disponer de aquel derecho.

II. LA PREVIA DENEGACIÓN DE LA SOLICITUD DE ANOTACIÓN: EL AUTO DE 18 DE JUNIO DE 2004

Tramitado el incidente, el Tribunal Superior de Justicia de Madrid dictó su Auto, de 18 de junio de 2004, por el que acordó «no haber lugar a la anotación preventiva instada».

Los Fundamentos de Derecho de aquel Auto en los siguientes:

«PRIMERO... *debemos partir de que el objeto del recurso lo constituye el acuerdo de la Comisión de Gobierno del Ayuntamiento, de 28 de abril de 2003, por el que se aprobó definitivamente el Proyecto de Compensación del Plan Parcial del Sector... condicionando dicho acto a la prestación de garantía para asegurar el pago del importe correspondiente a la cesión del 10 por 100 del aprovechamiento al municipio.*

Para... (la recurrente) lo que se pretende, en lo que aquí importa, es que se produzca efectivamente la cesión del 10 por 100 de los aprovechamientos para su incorporación al patrimonio público del suelo, en lugar de su equivalente económico a satisfacer por... (la adjudicataria) considerando que se ha infravalorado al transmitirlo.

La representación procesal de (la titular registral) razona que el recurso es extemporáneo, el acto de sustitución de la cesión por el equivalente económico es firme y consentido, que tiene la condición de tercero hipotecario y, además, que no son ciertos los hechos alegados por la recurrente.

Pues bien, como las fincas en las que se localizaría el aprovechamiento de cesión fueron enajenadas a..., que tiene la condición de tercer hipotecario, dicha situación impide acordar la anotación preventiva, de conformidad con lo establecido en el artículo 34 de la Ley Hipotecaria».

III. EL RECURSO DE SÚPLICA Y LA OPOSICIÓN DE LOS DEMANDADOS

Disconforme con el contenido del Auto, la recurrente interpuso recurso de súplica contra el mismo que se basaba, primero, en defender la apariencia de buen derecho y la imposibilidad de ejecutar la sentencia que se dictara, si no se adoptaba la medida cautelar por la posible aparición —en ese caso sí— de terceros hipotecarios. También se fundaba, principalmente, en el hecho de que la titular registral no era en absoluto tercero hipotecario. Al respecto, se argumentaba lo siguiente:

«El Auto de 18 de junio de 2004 considera que no cabe adoptar la medida cautelar porque... (la titular registral), sería tercero hipotecario...

...*(ésta) adquiere cuando el Proyecto no está inscrito, puesto que compra las fincas que debían haberse adjudicado al Ayuntamiento mediante escritura pública autorizada el día 10 de septiembre de 2003.*

La presentación de la escritura en el Registro de la Propiedad tuvo lugar los días 16 y 17 de septiembre de 2003, según consta en los asientos...

El título en el que se adjudicaban indebidamente las parcelas que debían ser municipales a (la sociedad vendedora), es igualmente el Acta de Protocolización del Proyecto de Compensación autorizada ... el 10 de septiembre de 2003...

La fecha de inscripción del Proyecto y la adjudicación indebida a los transmitentes es del 18 de diciembre de 2003...

...La consecuencia es que la transmisión se produce el 10 de septiembre de 2003, siendo así que la inscripción del título del transmitente no se produce hasta el 18 de diciembre de 2003, con lo cual, en la fecha de la adquisición, no se había producido todavía la inscripción del título del transmitente...

...los efectos tan enérgicos resultantes de la publicación del artículo 34 requieren, para su efectiva aplicación, una verificación puntual de todas las condiciones que el precepto indica; esto es, que la adquisición se haya realizado de buena fe, que el título sea oneroso, que el derecho de la persona que lo transmite figure inscrito en el Registro y que las causas de oponibilidad no resulten del propio Registro...

...desde luego no se cumple el requisito de que el derecho de la persona que lo transmitió apareciera en el Registro inscrito, esto es, el requisito de la previa inscripción a favor del transmitente.

En el presente caso esta condición no se da porque cuando otorgan las escrituras de venta..., el 10 de septiembre de 2003, aún no se había producido la inscripción del título del transmitente, que no tiene lugar hasta el 18 de diciembre del mismo año. Por lo tanto es evidente que cuando se firma la escritura el título no está inscrito.

El sistema registral, que opera sobre el principio de presunción de validez de los asientos, descansa en dos pilares: el de inscripción por el Registrador, en virtud del principio de legalidad, y el de la intocabilidad de los asientos mientras no se destruyan judicialmente.

Es decir, el Registrador proporciona con la práctica del asiento un juicio de legitimidad de tal calibre que el sistema registral le hace definitivo respecto del tercer adquirente.

Pero para ello, naturalmente, es esencial que este principio de legalidad haya operado mediante la práctica del asiento correspondiente, concurriendo todas las condiciones legales, entre ellas, la de la previa inscripción porque, si no se ha producido todavía, la mera existencia del título, sin su inscripción, no genera la protección del tercer adquirente, dado que es la inscripción en sí misma aquella de la que se predica la plenitud de sus efectos.

Combinado, por lo tanto, el juicio de legalidad con la inscripción y la protección a ultranza por los Tribunales del acto inscrito, la consecuencia derivada de la Ley es que el tercero tiene que haberse amparado en una situación previamente inscrita y si no se da esta condición, tampoco el tercero adquirente es un tercero hipotecario.

Pues bien, en el presente caso en que queda justificado que el tercero adquiere antes de producirse la inscripción, queda evidenciada la imposibilidad de que sea tercero hipotecario».

En su defensa, el recurrente invocaba las sentencias de 11 de mayo de 1909, 24 de octubre de 1954, 22 de noviembre de 1963, 12 de noviembre de 1970 y 21 de julio de 1993, todas ellas referidas a la ausencia de la condición de tercero hipotecario en diferentes supuestos, en los cuales, quien adquiría no lo hacía de quien en ese momento era verdadero titular registral del objeto transmitido.

Además se argumentaba que, en el caso que comentamos, la sociedad adquirente había intervenido en el propio acto de transmisión del aprovechamiento reservado al Ayuntamiento por la Ley y las fincas adjudicadas correspondientes, avalando los pagos futuros a cuenta de tal transmisión. Todo ello con anterioridad a que se inscribiera la finca en favor de quien se la vendía al titular registral.

En oposición al recurso de súplica, la titular según el registro, volvía a alegar la ausencia de buen derecho de la pretensión de la recurrente, la posibilidad de ejecutarse la sentencia y, finalmente, que era tercero hipotecario, además, de que tenía buena fe. Para ello invocaba el artículo 100.1.b) de la Ley del Suelo de 1976 en los siguientes términos:

«...se pretenden ocultar dos reglas jurídicas absolutamente elementales. La primera de ellas predica la sucesión sin fisura alguna entre las fincas aportadas al Proyecto de Compensación y las fincas recibidas en virtud de la equidistribución. Como decía la LS/1976, en su artículo 100.1.b), el acuerdo aprobatorio del proyecto de reparcelación (o de compensación) produce el efecto de la “subrogación, con plena eficacia real, de las antiguas por las nuevas parcelas”.

Por tanto, desde el punto de vista de los derechos reales y del régimen hipotecario, es absolutamente incierto que faltase la previa inscripción del transmitente. Cuando (la adjudicataria) transmitió a la compradora las parcelas, éstas constaban inscritas a favor del transmitente. Porque constan inscritas a favor del transmitente las fincas registrales que, en virtud del Proyecto de Compensación, sufrieron, con plena eficacia real, la subrogación de las nuevas... además aunque la inscripción del Proyecto de Compensación tuvo lugar el día 18 de diciembre 2003 (la recurrente) ... prefiere olvidarse del artículo 24 de la Ley Hipotecaria conforme al cual la fecha de inscripción para todos los efectos que ésta pueda producir es la fecha de presentación. Fecha muy anterior a la manejada por la sociedad que pretende conseguir la anotación preventiva».

Finalmente, se alegaban también la prevalencia del interés público municipal y del interés legítimo de la titular registral.

IV. EL AUTO DE 24 DE NOVIEMBRE DE 2004 Y SUS FUNDAMENTOS DE DERECHO

El Auto de 24 de noviembre de 2004 de la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid dictó su auto por el que desestimó el recurso de súplica fundada en los siguientes RAZONAMIENTOS DE DERECHO:

«PRIMERO.—Por la... (recurrente) se alega la falta de aplicación del artículo 34 de la Ley Hipotecaria por cuanto que al momento de la adquisición por la actual sociedad... (titular registral), no se había producido la inscripción del título del transmitente...

Es cierto que a los efectos del artículo 34 de la Ley Hipotecaria hay que estar, no a la fecha de la inscripción del tercero, sino a la de la celebración del contrato que la originó, con la consecuencia lógica de que no es tercer hipotecario el que adquiere de quien, según el Registro, no podía transmitirle, como lo corrobora la jurisprudencia citada por la recurrente.

Ahora bien, el recurso no puede prosperar de mantenerse el auto impugnado, ya que aunque el proyecto de compensación se inscribiera después de la transmisión de la finca, en esta materia rige el principio de subrogación real, contenida en el artículo 100.1.b) del texto refundido de la Ley del Suelo de 1976 y, con anterioridad a la inscripción del Proyecto de Compensación (la vendedora) tenía inscrito su derecho respecto de las fincas aportadas».

Preparada casación contra el recurso, está pendiente de su remisión a la Sala Tercera del Tribunal Supremo, lo que no debe impedirnos comentar la resolución judicial dictada, analizando su fundamentación y las cuestiones doctrinales que plantea, sin perjuicio de lo que, al respecto, digan los Tribunales en relación con el recurso concreto.

V. COMENTARIOS

1. LA AUSENCIA DE SUBROGACIÓN REAL EN LA ADJUDICACIÓN DE PARCELAS POR ADQUISICIÓN DEL APROVECHAMIENTO DE CESIÓN

La subrogación real hoy día se considera un principio del Derecho, si bien a lo largo del tiempo ha sufrido una metamorfosis tanto en su concepción como en su propia naturaleza (1).

En el Derecho español la primera definición contemporánea de la subrogación real se debe a ROCA SASTRE (2), que consideraba la misma como *«aquella figura en virtud de la cual la situación jurídica que en cierto aspecto califica o afecta a una cosa determinada pasa a calificar o a afectar en igual sentido a la otra cosa que haya reemplazado o sustituido a aquella, cuando la misma ha sido objeto de una enajenación o pérdida»*.

Esta definición se matiza por ROCA SASTRE más claramente en la expresión siguiente: *«En la subrogación real ha de verse la permanencia de una misma situación o condición jurídica, a pesar del cambio o mutación de la cosa sujeta a ella»*.

En la subrogación real existe, por lo tanto, un cambio, mutación o sustitución de una cosa por otra y, en segundo lugar, una permanencia inalterable de la misma situación jurídica (3).

(1) La doctrina contemporánea ha estudiado con profusión la naturaleza, fundamentos y efectos de la subrogación real, pudiendo sentarse al respecto los artículos de MARÍA LUISA MARÍN PADILLA publicados en esta *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núms. 510, pág. 1112 y sigs., 527, pág. 717 y sigs., y 529, pág. 1149 y sigs., titulados respectivamente «La formación del concepto de subrogación real», «El principio general de la subrogación real en los Derechos de garantía y goce» y «Estudio de aplicación de la subrogación real en el Derecho de Familia».

(2) La subrogación real, *Revista Derecho Privado*, Tomo 33, abril de 1949, págs. 281 y sigs.

(3) Este es el genuino concepto de subrogación real que en lo que se refiere al urbanismo fue tratado ya por LASO MARTÍNEZ en su obra *Derecho Urbanístico III*, editorial Montecorvo, págs. 178 y sigs., y que no debe confundirse con la subrogación legal y personal que se produce en caso de transmisión de fincas por aplicación del artículo 21 de la Ley 1/1998. En ese sentido, disintimos de FERNANDO ACEDO-RICO HENNING que en su obra *Los sistemas de gestión urbanísticos y su publicidad registral*, publicada por Civitas, págs. 236 y sigs., y de subrogación real en el sistema de compensación, se refiere a la

Sin embargo, para que opere el principio de subrogación real debe existir lo que la doctrina ha denominado el *vínculo de filiación directa* (4) *por el cual se relacionan el bien nuevo y el antiguo en una correspondencia de causalidad, de modo que el bien nuevo procede del anterior.*

Así no basta siquiera que un objeto del derecho proceda de otro para que se cumpla uno de los requisitos de la subrogación real, sino que debe probarse esta sustitución de una cosa por la otra, sin perjuicio de la conservación de la situación jurídica que afectaba a la primera.

Como declara, por ejemplo, la sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, de 11 de marzo de 1995, *«la aprobación definitiva del proyecto de compensación produce la subrogación, con plena eficacia real, de las parcelas aportadas al proceso compensatorio por las parcelas adjudicadas como consecuencia del mismo, sin que tales aportación y adjudicación tenga la consideración de transmisiones de dominio...».*

En efecto, alegaba el titular registral que se oponía a la solicitud de la anotación preventiva, el artículo 100.1.b) del Texto Refundido de la Ley del Suelo de 1976, que establece que el acuerdo aprobatorio del Proyecto de Reparcelación producirá, entre otros efectos, la subrogación, con plena eficacia real de las antiguas por las nuevas parcelas, pero siempre que quede establecida su correspondencia.

En el artículo 122.1 del Reglamento de Gestión también se establece, en idénticos términos, que *«el acuerdo de reparcelación producirá, por sí mismo, la subrogación, con plena eficacia real, de las antiguas por las nuevas parcelas, siempre que quede claramente establecida la correspondencia entre unas y otras».*

En el apartado 2 el mismo artículo confirma los efectos de la subrogación real proclamando la pervivencia de la situación jurídica y las titularidades existentes, en lo que sea posible, y la sustitución de las fincas antiguas por las resultantes. Sin embargo, el apartado 3 distingue las citaciones y adjudicación en los procesos de reparcelación de fincas por subrogación real, de las que denomina *adquisiciones originarias*. Así, establece:

«122... 3. Cuando no haya una exacta correspondencia entre las fincas adjudicadas y las antiguas, el acuerdo constituirá un título de adquisición originaria a favor de los adjudicatarios y éstos recibirán la plena propiedad de aquéllas libre de toda carga que no se derive del propio acuerdo».

Por su parte, el vigente Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio, determina en su artículo 7.4, entre las circunstancias que ha de contener el título inscribible de los proyectos de equidistribución, *«la determinación de la correspondencia entre las superficies o aprovechamientos aportados al proyecto y las fincas de resultado adjudicadas, conforme al mismo, a los titulares de las primeras».*

A su vez, el mismo artículo, en el apartado 10 incluye entre dichas circunstancias del título la *«adjudicación de las fincas de resultado a los titulares a quienes correspondan por título de subrogación o de cesión obligatoria».*

Queda, por lo tanto, claro que la legislación vigente aplica el principio de subrogación real en los proyectos de reparcelación, pero sólo en las adjudica-

subrogación del titular, no de la cosa, en el lugar y puesto del anterior propietario en sus derechos y deberes urbanísticos y demás compromisos con motivo de la aplicación del artículo 21 citado.

(4) Ver MARIA LUISA MARIN PADILLA, *ob. cit.*, pág. 1192.

ciones procedentes de la aportación de fincas al proyecto de equidistribución correspondiente. En ningún caso lo hace, ni cabría según la definición de subrogación real elaborada por la doctrina y asumida por la jurisprudencia, respecto de fincas adjudicadas por título distinto, como, por ejemplo, el de cesión. La doctrina ha destacado la excepcionalidad de la adquisición originaria, analizando distintos supuestos, en especial, los excesos de adjudicación y la atribución de fincas a la Empresa Urbanizadora o Agente Urbanizador. Cabe citar, al respecto, el análisis de JOSÉ MANUEL GARCÍA GARCÍA (5). Analizando, en concreto, la naturaleza y efectos de esta llamada adquisición originaria, respecto de la que resulta de la subrogación real, expresa lo siguiente:

«Teniendo en cuenta la verdadera naturaleza jurídica de la llamada “adquisición originaria”, que supone en realidad una “adquisición de derivativa” o por “transmisión”, los efectos que la misma produce se resumen en la extinción del dominio de la finca antigua por parte del titular cedente, la adquisición del dominio de la nueva finca por el titular adquirente desligada de todo efecto de subrogación real, sino como una verdadera adquisición “derivativa”, por paradójico que pueda parecer ese término respecto a una adquisición que del Reglamento de Gestión denomina “adquisición originaria”.

El adjudicatario de la finca nueva no la recibe por subrogación real. Por tanto, la recibe libre de cargas y, además, por un título diferente del que existía en la finca antigua, como consecuencia del cambio de titularidad y objeto producidos.

A diferencia de los casos de subrogación real, en que el título adquisitivo de la finca de origen se mantienen la finca de resultado, y el titular de ésta continúa ostentando el título de heredero, comprador, donatario, etc., que ostentaba en la finca de origen, en cambio, en la llamada “adquisición originaria”. Hay un nuevo título adquisitivo de la finca adjudicada, que es el correspondiente a la cesión por exceso de adjudicación producido».

Así, como vemos, efectivamente en los excesos de adjudicación se produce una adquisición derivativa, en cuanto resultan de la indemnización en metálico o de la compensación de los derechos de otro miembro de la comunidad reparcelatoria que debía haber sido adjudicatario del aprovechamiento y el suelo sobre el que posaba, si bien por aplicación de la normativa, o por acuerdo, veía mermada su adjudicación. Se produce así una transferencia onerosa porque se indemniza o paga el trasvase de edificabilidad.

Continuando con los comentarios de GARCÍA GARCÍA, para éste, en el caso de los excesos de adjudicación, la adquisición de la empresa urbanizadora *«como se trata de una adquisición “onerosa”, su titular podrá ostentar la condición de tercero del artículo 34 de la Ley Hipotecaria, siempre que se pueda identificar la finca o fincas de procedencia y determina que éstas tenían el requisito de previa inscripción, que es esencial para consideración de tercero del artículo 34 de la Ley Hipotecaria, aparte de la buena fe y de la inscripción de la adjudicación».*

Estas consideraciones no son trasladables, sin embargo, a las parcelas que se forman para albergar el 10 por 100 de aprovechamiento reservado a la Administración. En efecto, aún cuando pudiera estimarse que la parcela del suelo sobre la que se posa el aprovechamiento urbanístico de cesión procedía

(5) *Derecho Inmobiliario Registral o Hipotecario*, Tomo V, *Urbanismo y Registro*, editada por Civitas, págs. 140 y sigs.

por la cesión de la comunidad reparcelatoria, lo que implicaría, en definitiva, a todas las fincas aportadas (incluso a las adquiridas, en su caso, por una Junta de Compensación, por título de expropiación a los no adheridos), lo cierto es que la finca adjudicada, tal y como queda constituida, no *sustituye* al conjunto de las anteriores ni en cuanto a su realidad, ni en el referente a la edificabilidad asignada a ella, que no es un elemento accidental, sino constitutivo de la misma, porque es efectivamente una finca nueva y original. En ese sentido, si bien los artículos 14.2.c) y 18.4 de la Ley 6/1998, de 13 de abril, establecen el deber de ceder *el suelo* correspondiente al 10 por 100 del aprovechamiento urbanístico de modo obligatorio y gratuito a la Administración actuante, como ha señalado reiteradamente la doctrina, en realidad ese 10 por 100 del aprovechamiento no es patrimonializable por los propietarios, sino una reserva legal del aprovechamiento en favor de la Administración (6).

De esta manera, no opera la subrogación real, sino que la definición de la finca como objeto del derecho *es nueva*, fruto de la reparcelación, pero sobre todo, como la cesión es obligatoria y *gratuita*, no cabe aplicar, en este caso, el artículo 34 de la Ley Hipotecaria respecto de la Administración (7).

En el caso de comentarios, la situación es algo más compleja aún: no se trata de analizar si la cesión obligatoria y gratuita de la finca sobre la que debe recaer el 10 por 100 del aprovechamiento reservado a la Administración es fruto de una adquisición originaria o derivativa, ni si es onerosa, puesto que la ley declara que es «gratuita», sino que lo que se plantea es cuál es la condición jurídica de las fincas que debían haber sido cedidas a la Administración para que posara en ellas el aprovechamiento urbanístico reservado a ésta, cuando finalmente no se le adjudican, sino que se atribuyen a un tercero en virtud del pago del aprovechamiento urbanístico que da origen a las fincas y cuya localización es causa determinante de la definición y la existencia de éstas.

Analizada la cuestión, debemos observar las siguientes circunstancias:

- a) Las fincas definidas para cumplir con el deber de cesión obligatoria del suelo correspondiente al 10 por 100 del aprovechamiento reservado a la Administración tienen su causa directamente en la Ley y en el acto administrativo de aprobación del proyecto de reparcelación, pero carecen de vinculación concreta con las fincas que materialmente coincidían con la superficie de suelo que adquiere la Administración porque la cesión es global a cargo de la comunidad reparcelatoria y no existe referencia registral alguna tampoco que las relacione (8).

(6) Esta reserva de aprovechamiento no constituye la cesión, como señalaba LASO MARTÍNEZ en su obra *El aprovechamiento urbanístico*, LASO MARTÍNEZ y LASO BAEZA, editorial Marcial Pons y Centro de Estudios Registrales de Cataluña, pág. 224 y sigs., y ha asumido la Dirección General de Tributos al declarar que no existe hecho imponible a los efectos del IVA.

(7) En primer lugar, la Administración recibe de modo gratuito y no oneroso el suelo y, en cuanto al aprovechamiento, es la titular originaria. En cuanto al suelo, lo recibe por título de adquisición originaria, como recuerda RAFAEL ARNAIZ EGUREN en su obra *Registro de la Propiedad y Urbanismo*, Marcial Pons y Centro de Estudios Registrales de Cataluña, pág. 289, en el sentido de que las fincas se adquieren libres de cargas, como aclara en la pág. 277, sin traslado de situación jurídica alguna.

(8) En el mismo sentido, GARCÍA GARCÍA, *ob. cit.*, pág. 179, afirma que «...estos bienes no se corresponden en principio con ningún otro, sin perjuicio de la posibilidad de que

- b) El aprovechamiento adquirido por quien ha pagado la monetarización del 10 por 100 reservado a la Administración es un aprovechamiento originario, que surge del Plan y por ley queda reservado, desde que el Plan se aprueba, a la Administración.
- c) Lo trascendente y relevante para la adjudicación de las fincas es precisamente su función de recoger el 10 por 100 del aprovechamiento correspondiente a la Administración.
- d) La finca de cesión es efectivamente nueva e incluso para ella se pedía tradicionalmente ya que se practicara asiento de primera inscripción, por ejemplo, en el artículo 114 del Reglamento de Gestión Urbanística. En todo caso, surge libre de cargas y sin conexión con finca concreta. Quien adquiere ese aprovechamiento lo recibe sólo de la Administración, que es quien únicamente lo puede transmitir, aceptando ésta como sustitución de las parcelas edificables el importe equivalente al valor *del aprovechamiento*.
- f) Como no opera la subrogación real, no hay sobrevivencia de ninguna situación jurídica, sino transmisión de derechos de la Administración al particular, que compra previamente el aprovechamiento y luego resulta adjudicatario del suelo *por cesión* gratuita de la comunidad reparcclatoria, subrogado en la posición de la Administración.

2. LA FALTA DE LA CONDICIÓN DE TERCERO HIPOTECARIO EN EL TITULAR REGISTRAL CUANDO ADQUIERE UNA FINCA NO INSCRITA O DE TITULAR QUE NO CONSTA COMO TAL EN EL REGISTRO

La solicitud de medida cautelar se basaba, entre otros argumentos, en el hecho de que ni cuando se produce la llamada monetarización del aprovechamiento y la subsiguiente adjudicación de las fincas de resultado sobre las que éste recaía, ni cuando se transmite por el adjudicatario al posterior titular registral, figura titularidad registral alguna del Ayuntamiento; ni siquiera la inscripción de las propias fincas de resultado, que surgen *ex novo*. Por ello, la anotación de la existencia de un recurso contra la aprobación del Proyecto de Compensación del que éstas surgen no defrauda el derecho ni del adjudicatario ni del posterior titular registral que, cuando adquiere no lo hace de quien figura como titular según el registro, menos aún, de la finca creada por el Proyecto de Compensación. En ese sentido, el artículo 34 de la Ley Hipotecaria es tajante en requerir la inscripción previa de la finca o derecho a nombre del transmitente para que opere la fe pública registral, como ha destacado la jurisprudencia, pudiéndose citar por todas la sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, de 7 de diciembre de 1987, cuando decía que *«el principio de fe pública registral requiere... que el transferente tenga inscrito su derecho, que se subdivide en: a) que su adquisición sea derivativa de su anterior titular; b) que el precedente titular tenga inscrita su derecho y aparezca con facultad para transmitirlo»*.

A su vez, como señalaba la sentencia de la misma Sala, de 12 de noviembre de 1970, *«a los efectos del artículo 34 de la Ley Hipotecaria hay que atender, no*

se puedan corresponder con algunos bienes de dominio público existentes como fincas de origen. No obstante, lo normal es que nazcan *ex novo* como cesiones obligatorias y gratuitas, conforme la legislación urbanística».

a la fecha de la inscripción de tercero, si no a la de la celebración del contrato», lo que supone que tanto la monetarización y adjudicación al promotor de las fincas predestinadas a la Administración, como la transmisión al titular registral, se producen sin cumplir el requisito de la previa inscripción, lo que impide la aplicación del artículo 34 de la Ley y la adquisición *a non domino* que el mismo proclama.

3. LOS EFECTOS DE LA INTERVENCIÓN DEL ADQUIRENTE EN EL PREVIO ACTO DE ADQUISICIÓN POR SU VENDEDOR DE LAS FINCAS CORRESPONDIENTES A LA CESIÓN DE APROVECHAMIENTO

La singularidad del caso que comentamos radica también en el hecho de que el titular registral tampoco mantenía la condición de tercero al momento de comprar las fincas adjudicadas como consecuencia de la previa monetarización del aprovechamiento reservado a la Administración.

Así es, siguiendo a ROCA SASTRE, *Derecho Hipotecario*, Tomo I, pág. 473, «en el orden civil general, es tercero el que no ha sido parte en el contrato o negocio jurídico especialmente contemplado, siendo completamente extraño o ajeno al mismo; es el *poenitus extraneus*. Y también es tercero el adquirente considerado fuera de su condición de parte y en relación a los otros actos o contratos referentes a la misma cosa o derecho adquirido. En ambos casos, la condición de extraño o ajeno respecto de un determinado acto, contrato con negocio jurídico, es la idea matriz del concepto de tercero... es tercero a los efectos del Registro de la Propiedad... el mismo que se acaba de examinar, si bien considerado en relación con la Ley Hipotecaria. Ésta no altera en lo más mínimo el concepto de tercero..., el derecho hipotecario, se limita a regular la posición jurídica del mismo desde el punto de vista registral, pero siempre a base de reputar como tal tercero, al que no ha sido parte, o que es extraño al negocio jurídico especialmente contemplado».

Siguiendo con el citado autor la definición de tercero hipotecario que propone es la siguiente: «es el adquirente considerado, fuera de su condición de parte, frente a un determinado contenido registral».

El tercero hipotecario es aquél que, además de ser extraño a la adquisición de su antecesor, ignora los vicios de aquélla y actúa confiado en el contenido del Registro, por eso se le considera de buena fe.

En el supuesto comentado la intervención mediata, al menos, del comprador en la previa adquisición de su transmitente avalando el pago del aprovechamiento municipal le impide considerarse tercero de buena fe respecto de los vicios de la monetarización, que era uno de los actos jurídicos combatidos en el recurso del que se pretendía la anotación. Por lo que tampoco reúne dicho requisito a los efectos del artículo 3 de la Ley Hipotecaria.

En ese sentido, la buena fe, que es una cuestión de hecho, libera al tercero sólo cuando desconoce radicalmente los vicios de la previa transmisión y, confiado en el contenido del Registro, respecto de aquélla, que no los recoge, procede a la adquisición de la finca.

No cabe invocar tal condición cuando no existe apoyo en el contenido del Registro, por no constar en él la previa transmisión, y, menos aún, cuando el tercero está en realidad involucrado, aunque sea a través de una obligación de garantía en la previa transmisión.

GABRIEL SORIA MARTÍNEZ