

El aprovechamiento urbanístico. La inscripción en el Registro de la Propiedad de su adquisición y de su transferencia

(Puntualización necesaria a un trabajo
de Francisco Núñez Lagos)

SUMARIO: INTRODUCCION.—I. BREVE ANALISIS DE LA RELACION ENTRE EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD Y LAS INSTITUCIONES DE DERECHO URBANISTICO.—II. SOBRE EL CONCEPTO Y LA NATURALEZA DEL APROVECHAMIENTO. SU AMPARO REGISTRAL: A) EL APROVECHAMIENTO APROPIABLE COMO NUEVA INSTITUCIÓN URBANÍSTICA DE LA LEY 8/90, DE 25 DE JULIO, Y EL TEXTO REFUNDIDO DE 26 DE JUNIO DE 1992. B) LA INSCRIPCIÓN DE LA ADQUISICIÓN DEL APROVECHAMIENTO APROPIABLE.—III. LAS TRANSFERENCIAS DE APROVECHAMIENTO. SUPUESTOS E INSCRIPCION REGISTRAL: 1.º CARACTERÍSTICAS URBANÍSTICAS ESENCIALES DE LAS TRANSFERENCIAS DE APROVECHAMIENTO: A) *Actuación sistemática*. B) *Actuación asistemática*: 1. Modalidades. 2. Clasificación de las transferencias por razón de su grado de voluntariedad: 2.1. Transferencias obligatorias o coactivas. 2.2. Transferencias inducidas. 2.3. Transferencias voluntarias.—3. Clasificación de las transferencias según los sujetos *intervinientes*.—2.º CARACTERIZACIÓN CIVIL DE LOS NEGOCIOS DE TRANSFERENCIA: a) *Transferencias voluntarias e inducidas*. b) *Transferencias coactivas*.—3.º LA INSCRIPCIÓN EN EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD DE LAS TRANSFERENCIAS DE APROVECHAMIENTO: A) *Transferencias entre propietarios de fincas distintas y existentes en el momento de su formalización*: a) Título formal de la transferencia. b) Requisito previo de la inscripción en el Registro de Transferencias de Aprovechamiento. c) Los requisitos relativos a la certeza de la titularidad registral de las fincas afectadas y de consentimiento de los titulares de cargas. B) *Transferencias en las que no existe, momentáneamente, finca de destino*. C) *La ocupación directa de terrenos afectos a sistemas generales o a dotaciones públicas de carácter local*.—IV. CONCLUSION.

INTRODUCCION

El Notario FRANCISCO NÚÑEZ LAGOS publica en el número 6 de la *Revista Jurídica del Notariado* un artículo sobre las transferencias de aprovechamiento urbanístico reguladas en el Texto Refundido de la Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana de 26 de junio de 1992 que provoca en cualquier lector especializado en Derecho inmobiliario o en Derecho urbanístico una reacción inevitable de perplejidad y de desconcierto, por utilizar un necesario eufemismo.

El trabajo constituye una exposición profusa, desordenada y, sobre todo, incompleta de los preceptos legales, adornada con una serie de manifestaciones personales, a veces contradictorias, y en la que se manifiesta, de forma recurrente, un constante ataque a la Institución del Registro, en su consideración de medio de garantía de los negocios de transferencia que el articulista estudia.

En esta breve puntualización no se pretende llevar a cabo un examen exhaustivo del aprovechamiento urbanístico ni de sus modalidades de transferencia, salvo en la medida necesaria para salir al paso de las afirmaciones del trabajo que se critica. En realidad, la intención de estas notas es la denuncia de una opinión injustificable y, además, perturbadora del futuro desarrollo de la Ley y de las ventajas que la institución del aprovechamiento y su transferencia puede generar para la aplicación del principio de justicia distributiva en el reparto de los beneficios y cargas dimanantes del planeamiento urbanístico.

El legislador regula por primera vez las transferencias de aprovechamiento en la Ley 8/1990, de 25 de julio, sobre Reforma del Régimen Urbanístico y Valoraciones del Suelo, en su artículo 44 y siguientes, al mismo tiempo que sistematiza el conjunto de actos urbanísticos inscribibles en el Registro de la Propiedad, en su disposición adicional 10. Es fundamental tener en cuenta esta idea, puesto que el número 5 del apartado primero de dicha disposición, hoy artículo 307 del Texto Refundido, señala que: «Serán inscribibles en el Registro de la Propiedad (...). 5. Los actos de transferencia y gravamen del aprovechamiento urbanístico».

Pues bien, este precepto, que debería constituir la base y el comienzo de cualquier estudio serio sobre las características del negocio jurídico de transferencia en el ámbito del Derecho privado, no solamente no se comenta, sino que ni siquiera se cita en el trabajo de NÚÑEZ LAGOS.

Por el contrario, el autor excluye cualquier orden lógico en la exposición de su auténtica tesis, es decir, la afirmación de que la transferencia de aprovechamientos no es inscribible en el Registro o, al menos, que dicha inscripción es totalmente innecesaria. Para ello crea una apariencia de análisis de la naturaleza de la transferencia y sus supuestos de aplicación,

con una interpretación parcial de la legislación, pero concluye constantemente en su criterio básico.

Por ello, antes de entrar en la consideración crítica de las afirmaciones del articulista conviene llevar a efecto un breve comentario sobre la relación general entre las instituciones jurídico-urbanísticas y el Registro de la Propiedad, cuya premisa esencial consiste en que entre ambas se da una vinculación íntima que nace de la necesidad de que el Ordenamiento jurídico responda coherentemente a la defensa unitaria de los intereses públicos y privados, sin escindir las normas jurídicas en departamentos estancos.

I. BREVE ANALISIS DE LA RELACION ENTRE EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD Y LAS INSTITUCIONES DE DERECHO URBANISTICO

La Ley del Suelo de 12 de mayo de 1956 preveía en su artículo 209 que «los actos administrativos que se produjeran en el ejercicio de las funciones reguladas en la presente Ley podrán ser anotados o inscritos en el Registro de la Propiedad, conforme a lo establecido en la legislación hipotecaria».

El precepto resultaba de una lógica absoluta si se tiene en cuenta que el fenómeno de la transformación del suelo supone no solamente la delimitación normativa del contenido de la propiedad inmueble, de acuerdo con el interés colectivo, sino, además, la modificación frecuente de la descripción de las fincas registrales y de su titularidad, el nacimiento de nuevos derechos reales de garantía de cumplimiento de obligaciones urbanísticas o la modalización del contenido económico o jurídico de los derechos inscritos.

Por otra parte, la propia Ley Hipotecaria, en su versión de 1944, había señalado en su Exposición de Motivos que «la *fides publica*, base y fundamento de todos sistema hipotecario, lo mismo sirve para dar movilidad a la tierra que para vincularla, en lo menester al cumplimiento de los fines (económicos y sociales) mencionados».

La dicción transcrita, responde, en esencia, a una idea ya clásica en nuestro Derecho, es decir, al criterio de don FEDERICO DE CASTRO, cuando al tratar de la distinción entre Derecho privado y Derecho público defiende que en toda institución jurídica se manifiesta la protección de los principios de personalidad y de comunidad, de tal forma que el primero es el esencial para que la persona realice sus fines básicos, lo que presupone su inserción en la organización comunitaria, mientras que el segundo se constituye en la base instrumental de protección de la comunidad jurídica que hace respetar y proteger a la persona y a sus fines fundamentales (1).

(1) CASTRO Y BRAVO, F., *Compendio de Derecho civil*, 1958.

Pues bien, el urbanismo constituye uno de los aspectos del Derecho objetivo donde más típicamente se produce la confluencia de esos dos principios, por lo que resulta indispensable que sus normas utilicen simultáneamente técnicas propias del Derecho privado y del Derecho público si se quiere que el sistema jurídico general responda plenamente a la idea de justicia y, como presupuesto esencial del mismo, a los criterios aceptados y contrastados de seguridad preventiva.

Quizá por ello, en los albores de la aplicación de la Ley de 1946 y refiriéndose a su contenido, manifestaba EUGENIO PÉREZ BOTIJA que «si sus normas perduran o logran cierto nivel de vigencia, día llegará en que los hipotecaristas investigarán el entramado de aquéllas por ser parte del Derecho inmobiliario», añadiendo que «el hipotecarista tiene en la nueva Ley un horizonte constelado de promesas y de preocupación» (2).

Unos años más tarde, NARCISO DE FUENTES SANCHIZ podía afirmar con realismo que «la Institución del Registro, que en sus comienzos protegía al propietario frente a las intrusiones en su suelo, sirvió más tarde acentuadamente para asegurar el cumplimiento de las disposiciones estatales y hoy sirve, sin distinción, en el fiel de la balanza, el interés público y el privado» (3).

En efecto, a partir de 1956 la referencia al Registro de la Propiedad por el legislador urbanístico es constante y progresiva. Así:

a) En la década de los sesenta, la preocupación se centró especialmente en el acceso al Registro de las mutaciones demaniales generadas en expedientes de ejecución urbanística, concretamente de expropiación y de reparcelación, así como en la relación entre el Registro Municipal de solares y la referencia de la situación de ruina en el de la Propiedad. Sus manifestaciones más importantes están constituidas por la Orden Ministerial de 9 de marzo de 1964, el Reglamento de Edificación Forzosa y Registro Municipal de Solares de 5 de marzo de 1984 y, sobre todo, por el Reglamento de Reparcelaciones de Suelo afectado por Planes de Ordenación Urbana de 7 de abril de 1966.

b) En la década de los setenta, la reforma introducida por la Ley de 2 de mayo de 1975, que concluye en el Texto Refundido de 9 de mayo de 1976 y en la promulgación del Reglamento de Gestión Urbanística de 25 de agosto de 1978, contiene, como avances esenciales en la relación entre Urbanismo y Registro de la Propiedad:

(2) Citado por JOSÉ LUIS LASO MARTÍNEZ en su obra *Derecho urbanístico*, tomo III. Esta obra, que se citará otras veces en este trabajo, resulta especialmente interesante en materia de conceptualización del aprovechamiento urbanístico y su régimen de transmisiones, aunque está escrita mucho antes de la vigencia de la nueva Ley. No obstante, muchas de las ideas que se exponen en estas notas proceden del trabajo que se cita.

(3) *En torno al urbanismo. Política del suelo y Registro de la Propiedad*, 1963.

- Un nuevo sistema de apreciación de la legitimación para el cobro de la indemnización en el régimen de expropiación forzosa por tasación conjunta, basado exclusivamente en la titularidad registral actualizada del expropiado, que resulta de los artículos 138 y siguientes de la Ley y 199 y siguientes del Reglamento citado.
- La introducción de nuevos criterios en la inscripción registral de expedientes de compensación y reparcelación, cuya novedad fundamental resulta de la necesidad de acceso al Registro, con inscripción separada, de toda clase de fincas de resultado, incluidas las de cesión obligatoria, a diferencia del criterio seguido por el Reglamento de Reparcelaciones, que trataba estas últimas como resto no descrito del polígono reparcelado.
- La posibilidad de tráfico registral diferenciado del suelo de la finca y de su aprovechamiento, regulado en los artículos 51 y siguientes del Reglamento de Gestión y que constituye el precedente inmediato de las transferencias de aprovechamiento que son objeto de estudio más adelante.
- La exigencia legal de que el Derecho positivo registral se adapte a las nuevas necesidades creadas por el legislador urbanístico, reiterada por el último párrafo de la disposición adicional 10 de la Ley 8/1990.

c) En el período que se inicia a partir de 1980, el Derecho estatal urbanístico permanece inmutable. Sin embargo, se asiste a una constante elaboración de disposiciones autonómicas cuya doble característica esencial, desde el punto de vista que nos ocupa, es la siguiente:

- Se admite por primera vez la posibilidad de anotar preventivamente en el Registro la incoación de expedientes de disciplina urbanística y del acceso al Registro de condiciones impuestas por los actos de concesión de licencias.
- Se abre camino a la noción de la publicidad noticia como medio de utilización del Registro, en un ámbito jurídico distinto de su eficacia clásica, respecto de los títulos civiles de transmisión o modificación del dominio o de los derechos reales.

La iniciación de estos caminos por la legislación catalana de 1981, sobre todo a través de la Ley de Protección de la Legalidad Urbanística, se sigue por otras Comunidades Autónomas, si bien, en algunos casos, con criterios diversos en cuanto a determinados temas como el tratamiento del fraccionamiento del suelo.

d) En el año 1990, la Ley de 25 de julio sobre Reforma del Régimen Urbanístico y Valoraciones del Suelo introduce, a través de su disposición

adicional 10 y de otros preceptos concordantes, una modificación sustancial en la relación entre el Registro de la Propiedad y las instituciones propias de Derecho urbanístico, caracterizada por las siguientes líneas generales:

- Introduce, a nivel estatal, la posibilidad de la publicidad noticia en el acceso al Registro de condiciones impuestas en la licencia y la anotación preventiva de la incoación de expedientes de disciplina urbanística.
- Regula por primera vez la anotación preventiva de la interposición de recursos **contencioso-administrativos** sobre fincas determinadas, así como la inscripción de sentencias emanadas de dicho orden jurisdiccional, temas todos ellos ajenos a este estudio, pero que suponen un avance esencial en la consideración del Registro como institución básica de colaboración con las Administraciones en competencia en la ordenación y transformación del suelo.
- Delimita la inscripción necesaria de los actos referidos a la ejecución urbanística en sentido amplio, en cuanto comprende el conjunto de mutaciones reales de la ejecución clásica por expropiación, compensación o cooperación, así como los actos de ejecución aislada, tipo cesión de terrenos de carácter obligatorio, o los que resultan del nuevo criterio de actuación asistemática en suelo incluido en área de reparto, pero no en unidad de ejecución, es decir, las transferencias de aprovechamiento urbanístico.
- Introduce modalizaciones fundamentales en la regulación de la ocupación de fincas destinadas a sistemas generales o a usos dotacionales, que regulaban los artículos 51 y siguientes del Reglamento de Gestión Urbanística, precisamente en materia del tratamiento registral del aprovechamiento desvinculado de la finca ocupada.
- Vuelve a insistir en la necesidad de adaptar la legislación hipotecaria a las nuevas necesidades, mandato legal actualmente en curso de ejecución en el Ministerio de Justicia.

e) El Texto Refundido de 25 de junio de 1992 recoge las novedades resultantes de la Ley citada e, incluso, ratifica la importancia de la situación registral en la transferencia de aprovechamiento a través de la dicción del artículo 198.2, que luego comentaremos.

En definitiva, la nueva Ley convierte en realidad, aún no consumada íntegramente hasta el momento de la elaboración definitiva de las nuevas normas reglamentarias, la afirmaciones que antes citábamos de PÉREZ BOTIJA y de NARCISO FUENTES como autores más representativos de las iniciales orientaciones sobre la relación entre la legislación hipotecaria y la urbanística.

Por eso llama tanto la atención del especialista un artículo como el que se comenta. Sus afirmaciones se sitúan fuera del contexto actual, de la tendencia legislativa e, incluso, de la técnica civil y registral. Parece un conjunto de afirmaciones cuya única finalidad sea el tratamiento peyorativo de la Institución registral en un momento en el que, justamente, se concibe como instrumento esencial para la eficacia de la actuación de las Administraciones Públicas.

En este sentido, la distribución de materias en este breve comentario se ajustará en lo posible al trabajo que se critica con el fin de rebatir ordenadamente sus afirmaciones.

II. SOBRE EL CONCEPTO Y LA NATURALEZA JURIDICA DEL APROVECHAMIENTO URBANISTICO. SU AMPARO REGISTRAL

Sin afán de agotar la materia, lo que exigiría un trabajo más extenso y profundo, sí puede afirmarse que la Ley 8/1990 ha introducido en el panorama urbanístico una serie de novedades esenciales, ya bastante comentadas por la doctrina, que, en la materia que nos ocupa puede exponerse, sucintamente, de la forma siguiente:

a) Configura la adquisición escalonada de una serie de facultades urbanísticas como contenido urbanístico de la propiedad inmobiliaria, que se concretan en el derecho a urbanizar, a la atribución del aprovechamiento, a edificar y a la apropiación de lo edificado, en función del correlativo cumplimiento de una serie de deberes de planificar, de ceder, equidistribuir y ejecutar la urbanización, de solicitar la licencia y de construir con arreglo a la misma y dentro del plazo concedido.

La peculiaridad esencial del sistema consiste en la sanción de expropiación o venta forzosa del inmueble, cuando su propietario incumple en los plazos correspondientes cualquiera de estos deberes, por una indemnización o precio, según los casos, equivalente al 50 por 100 del valor urbanístico de las facultades previamente adquiridas o, si no se hubiera adquirido ninguna, por su valor inicial.

b) Introduce la nueva figura del área de reparto, es decir, la unidad esencial de distribución de los beneficios y cargas dimanantes del Planeamiento, lo que supone:

- Que con independencia del aprovechamiento materializable o real que el Plan atribuye a cada parcela ordenada, es decir, el volumen y los usos susceptibles de edificación y de explotación de cada inmueble, a su propietario se le permite únicamente la apropiación

de un aprovechamiento apropiable equivalente al 85 por 100 del que corresponda a la parcela de que es titular, en relación a la totalidad del aprovechamiento real atribuido al área de reparto en que se ubique dicha parcela. Dicho aprovechamiento apropiable se calcula en función de la superficie de la parcela dividida por la total extensión del área de reparto.

- Que, por tanto, la noción del aprovechamiento **materializable** se predica de la parcela y normalmente tiene un carácter de máximo, aunque puede configurarse como mínimo en los supuestos previstos especialmente en la Ley. Por el **contrario**, el concepto de aprovechamiento apropiable se predica del propietario del inmueble y constituye una medida de equidistribución o de aplicación del principio de justicia distributiva para la determinación de los derechos económicos del titular y de su contribución a las cargas de urbanización y los demás deberes legales impuestos por el planeamiento.

c) Distingue la Ley dos modalidades de actuación, una ya admitida por la legislación anterior, o sistemática, y otra que constituye novedad, es decir, la asistemática. La diferencia fundamental entre una y otra no nace de la clasificación del suelo en urbano o urbanizable, sino en el dato básico de que la parcela correspondiente esté o no incluida en una unidad de ejecución, cuya delimitación puede llevarse a cabo por el Plan, o por un expediente posterior, en cualquier tipo de suelo, y coincidir o no con la del área de reparto que determina el aprovechamiento apropiable de cada propietario implicado en el proceso.

d) Las características de la actuación sistemática se centran en que el reparto de beneficios y cargas se lleva a efecto mediante una nueva configuración de las fincas originarias y la cesión a la Administración actuante de las parcelas de resultado destinadas a viales, espacios libres, equipamiento y a materializar el aprovechamiento lucrativo que pertenece a la Administración por ministerio de la Ley, es decir, el 15 por 100 del total de la unidad de ejecución de acuerdo con su superficie total, dividida por la del área de reparto a que pertenece.

Por tanto, y en principio, no existe desvinculación del aprovechamiento respecto del suelo, puesto que el primero se materializa en una o en varias fincas determinadas, resultado del expediente de equidistribución.

e) El segundo supuesto, de actuación asistemática, constituye una de las novedades esenciales de la nueva Ley y tiene por fin corregir dos situaciones de injusticia no tratadas por la legislación anterior:

- De una parte, la resultante del tratamiento diferenciado que se atribuía a los propietarios del suelo urbano, que no estaban obligados a ceder un porcentaje del aprovechamiento previsto en el Plan,

obligación que, sin embargo, afectaba a los que lo fueran de terrenos calificados de suelo urbanizable.

- De otra, la que surgía de que determinadas fincas, no incluidas en polígonos o unidades de ejecución, gozaban de unas posibilidades de edificación o de usos, hoy denominadas aprovechamiento real o materializable, muy superiores a aquellas destinadas a equipo urbano o viables o espacios libres.

f) Como consecuencia obligada de todo lo anterior, y por insistir en lo ya apuntado, en cada parcela situada en suelo no incluido en unidad de ejecución será posible distinguir, de entrada, dos tipos de aprovechamiento. El real edificable conforme al Plan, y el apropiable por su propietario, que, lógicamente, podrá ser superior o inferior al primero.

Esta es la razón de ser de la introducción de la figura de la transferencia. En definitiva, de la operación jurídica consistente en el traslado desde la finca con exceso de aprovechamiento apropiable, o finca de origen, a la parcela en situación inversa, es decir, aquella cuyo aprovechamiento materializable es superior al apropiable por su titular, y que denominaremos finca de destino.

Lo cierto es que, al estudiar esta figura, FRANCISCO NÚÑEZ LAGOS incurre constantemente en la confusión conceptual entre el aprovechamiento materializable y el apropiable. En efecto:

- Lleva a efecto una exposición desordenada del conjunto de preceptos referidos al aprovechamiento en general, sin distinguir con nitidez entre el predicable de la finca, o aprovechamiento real, el correspondiente al área de reparto, cuya finalidad es la definición del aprovechamiento apropiable por los titulares de cada una de las parcelas incluidas en dicha área y el perteneciente a la Administración por ministerio de la Ley, y el aprovechamiento apropiable, en su condición de facultad que integra el contenido urbanístico del derecho de propiedad de cada titular dominical.
- Afirma que el aprovechamiento urbanístico, en general, es un derecho real, tanto «si lo consideramos como una facultad del dominio, porque forma parte de ese dominio, derecho real por excelencia», como «si lo consideramos cuando se independiza de la finca para su transmisión separada de ésta, porque se refiere a bienes inmuebles y tiene las dos características fundamentales del derecho real: la inmediatividad y la oponibilidad a tercero».

Con esta afirmación concluye su posición sobre la naturaleza jurídica del aprovechamiento, sin perjuicio de una exposición, que no viene al caso,

sobre la forma prevista por la Ley para la cuantificación y cálculo del aprovechamiento tipo, que nada tiene que ver con sus afirmaciones de fondo y sobre cuyo contenido no entramos.

En efecto, se trata de un puro problema técnico que depende, además de las normas legales, de los criterios de planeamiento sobre la valoración de los usos predominantes en cada área de reparto y sobre la delimitación de estas últimas, cuestión que constituye el principal problema de adaptación de los Planes Generales Municipales a las disposiciones de la nueva Ley y que es mucho más compleja y difícil de lo que puede parecer a la vista del artículo que se comenta.

Pues bien, lo más destacable de las consecuencias que obtiene NÚÑEZ LAGOS de su postura sobre la naturaleza jurídica del aprovechamiento urbanístico consiste en una triple tesis:

- Que de estar la finca inscrita en el Registro, el aprovechamiento como tal no está amparado por dicho Registro.
- Que la Ley del Suelo no exige la inscripción registral para la adquisición del derecho al aprovechamiento.
- Que la falta de protección registral quita todo interés al propietario para hacer constar en el Registro el número de unidades de aprovechamiento que corresponden a su finca.

Apoya sus afirmaciones en la idea de que «el aprovechamiento de cada finca depende del Plan de Ordenación, instrumento de la naturaleza normativa que se mueve en una órbita distinta de la del Registro de la Propiedad, que en realidad tiene por objeto la inscripción de títulos y, mediante éstos, la protección del tráfico de titularidades inscritas».

Puesto que la línea discursiva del trabajo de NÚÑEZ LAGOS parte de la conceptualización del aprovechamiento y del juicio de valor sobre la posibilidad y la conveniencia de su inscripción registral, conviene mantener ese mismo orden en su exposición crítica.

A) EL APROVECHAMIENTO APROPIABLE COMO NUEVA INSTITUCIÓN URBANÍSTICA
EN LA LEY 8/1990, DE 25 DE JULIO, Y EN EL TEXTO REFUNDIDO
DE 26 DE JUNIO DE 1992

Para exponer debidamente la cuestión es necesario precisar que NÚÑEZ LAGOS incurre en el error, ya señalado, de confundir el aprovechamiento materializable sobre cada parcela con el apropiable por su titular. Es verdad que el primero depende del Plan, constituye una característica objetiva de la propia finca y no puede ser objeto de tráfico jurídico como elemento desgajado del inmueble. En este sentido, ni tiene ni deja de tener el carácter

de derecho real, sino que constituye una determinación del Plan de Ordenación, que en cuanto se refiere al diseño del núcleo de población no puede quedar sometido ni aún limitadamente al ámbito de la contratación privada.

Sin embargo, la cuestión es diferente cuando hablamos del aprovechamiento apropiable, puesto que en este caso el legislador parte de una idea completamente distinta. En efecto, el aprovechamiento apropiable, o cifra límite de unidades de aprovechamiento que corresponde a cada propietario de parcela en función de la superficie de ésta respecto de la total del área de reparto, no tiene nada que ver con la edificabilidad concreta y con los usos previstos por el Plan para el terreno.

Por el contrario, se trata de un límite económico del contenido normal de la propiedad inmobiliaria, sujeto a valoración, a razón de un tanto por unidad, y comparable en términos aritméticos con el aprovechamiento real o materializable. Ahora bien, el hecho de que su cuantía sea comparable no significa en absoluto la posibilidad de su confusión jurídica. El aprovechamiento apropiable no llega nunca a ser aprovechamiento materializable, como parece afirmar NUÑEZ LAGOS al decir que «el propietario, para construir, ha de aplicar un número de unidades de aprovechamiento apropiable igual al que tenga la finca de unidades de aprovechamiento real, con lo que si tiene apropiables de más o de menos respecto de las de aprovechamiento real ha de adquirir o enajenar las necesarias. Y al hacer esta aplicación edificando, desaparecen los dos estadios del aprovechamiento urbanístico, que claramente queda como es, uno solo».

No es ese el criterio seguido por la Ley. El aprovechamiento apropiable no puede confundirse nunca con la edificabilidad real de la finca, sino que constituye la facultad urbanística, integrada en el dominio inmobiliario, de realizar o materializar dicha edificabilidad o aprovechamiento real de parcela. En este sentido, el propietario puede encontrarse en tres situaciones distintas:

a) Que esté facultado para la realización del aprovechamiento materializable sobre su parcela, porque de la comparación numérica de las unidades de aprovechamiento que corresponden a la edificabilidad real de aquella y las que sirven para medir el contenido económico de su derecho de propiedad, aprovechamiento apropiable, resulta una situación de coincidencia.

Se tratará de un supuesto muy difícil en la práctica. Por ello, los artículos 189 y 190 de la Ley permiten la adecuación del proyecto de obras, de tal forma que el propietario limite la edificación del aprovechamiento real al número de unidades en que se cuantifique su aprovechamiento lucrativo, salvo cuando la edificabilidad o aprovechamiento real de la parcela tenga el carácter mínimo o vinculante, en los supuestos previstos en el artículo 191. Examinaremos la cuestión más adelante.

b) Que el contenido económico del dominio sobre una parcela determinada, cuantificado en un número de unidades de aprovechamiento apropiable, no habilite a su titular para materializar la totalidad del aprovechamiento real, en cuyo caso deberá adquirir la facultad jurídica de que carece. La Ley habla de «adquirir de la Administración o de otro propietario que se encuentre en situación inversa los aprovechamientos precisos».

En realidad, con esta terminología lo que se está definiendo es la adquisición de una posibilidad de actuar sobre el suelo propio que la Ley niega inicialmente al propietario, a menos que satisfaga el valor económico de esa facultad jurídica a aquel que la tiene, pero que carece de suelo para ejercerla, o la propia Administración, como institución intermediaria de la justa distribución de beneficios y cargas.

c) Que el propietario haya cumplido con los deberes o las condiciones para la adquisición del aprovechamiento apropiable, pero que a la parcela de que es titular no le haya atribuido el Plan aprovechamiento real o edificabilidad alguna o que dicha edificabilidad tenga una cuantificación numérica inferior al valor urbanístico del aprovechamiento apropiable que corresponde a su propietario. En este caso el titular de la parcela está legitimado para transferir la totalidad o el exceso de ese aprovechamiento a la Administración actuante o al propietario que se encuentre en situación inversa.

De acuerdo con lo anteriormente expuesto, las características jurídicas del aprovechamiento urbanístico apropiable, que es el único que puede ser objeto de transferencia, son las siguientes:

- Se trata de una posibilidad jurídica de actuación que se define como atribución al propietario afectado por una actuación urbanística de los usos o intensidades susceptibles de apropiación privada o su equivalente económico.
- Cuando la actuación urbanística tiene el carácter de asistemática y, por tanto, no cabe una distribución directa del aprovechamiento lucrativo mediante su adscripción a las diferentes fincas de resultado del proyecto de ejecución, la Ley impone, induce o faculta a los propietarios, según los casos, a un negocio de transferencia o distribución del aprovechamiento apropiable con el fin de adecuar el contenido económico que el Plan atribuye al derecho de propiedad, a sus determinaciones objetivas sobre la edificabilidad de cada parcela, definidas en función del diseño del núcleo urbano ordenado.
- Para configurar jurídicamente esa transferencia, la Ley concibe el aprovechamiento urbanístico lucrativo o apropiable como un conjunto de unidades, previamente valoradas, entendidas como un elemento inmobiliario desgajable del inmueble sobre el que recae el

derecho de dominio, de tal forma que puedan transmitirse con independencia de éste. Se trata, en definitiva, de la creación *ex lege* de una realidad social, en la terminología de DE CASTRO y Díez-PICAZO, susceptible por razón de su determinación y apropiabilidad de ser objeto de derecho, como ya había señalado JOSÉ LUIS LASO, al referirse a esta institución y a su posible encaje en la Ley de 1976.

- En este sentido, tanto cabe concebir el aprovechamiento como la objetivación legal de una facultad, la de edificar, tradicionalmente encuadrada en el contenido del dominio, criterio que ha sido sostenido por el autor de estas notas como la facultad de concretar el contenido económico de la propiedad, determinado *ob rem*, por la pertenencia de una finca concreta, bien en la edificación sobre dicha finca, bien en su conversión en dinero mediante transferencia, cuando el ejercicio normal del derecho no es posible, en función de las determinaciones objetivas del Plan de Ordenación.

De todo lo dicho resulta evidente que la simple expresión de que el aprovechamiento «es un derecho real», sin distinguir el tipo de figura a que se refiere, es excesivamente simple. Para concretar el concepto de la institución y su naturaleza se hace necesaria una mayor matización, sobre todo si se quiere precisar el juego de los principios registrales en la protección de los derechos de los titulares del suelo afectado por las determinaciones del Plan y su tráfico jurídico.

B) LA INSCRIPCIÓN DE LA ADQUISICIÓN DEL DERECHO
AL APROVECHAMIENTO APROPIABLE

De las ideas expuestas sobre el concepto y las características del aprovechamiento urbanístico resulta indudable que tanto la propia existencia del aprovechamiento lucrativo, es decir, su adquisición, como su transferencia, en cuanto se refieren a un elemento jurídico del dominio inmobiliario, son difíciles de instrumentar sin tener en cuenta, como institución básica del sistema de seguridad preventiva, al Registro de la Propiedad.

Por otra parte, esta primera afirmación ha de ser modalizada de acuerdo con otra realidad indudable. El aprovechamiento urbanístico apropiable, bien se considere como una facultad urbanística del dominio, bien como una realidad social, encuadrable conceptualmente en el ámbito objetivo de la relación real inmobiliaria, constituye un aspecto no detectable ni apreciable por los sentidos y, por tanto, de imposible protección a través de la publicidad posesoria.

Ello hace no solo conveniente, sino esencial para el sistema, la inscrip-

ción registral, que no ha de referirse, como dice NÚÑEZ LAGOS, a una determinación objetiva del Plan de Ordenación, es decir, el aprovechamiento real de las parcelas, sino a una facultad dominical, el aprovechamiento apropiable, cuyo objeto está constituido por un elemento inmaterial, desvinculable del suelo, susceptible de tráfico jurídico y cuya existencia depende del cumplimiento de determinadas condiciones por su titular.

Por ello, la Ley no sólo se refiere al Registro de la Propiedad cuando trata de la transferencia de aprovechamiento en los términos que luego veremos, sino también a su propia adquisición y, en este sentido, el artículo 26.3 del Texto Refundido, dentro del epígrafe general de publicidad del régimen urbanístico aplicable a una finca, establece que los Ayuntamientos remitirán al Registro de la Propiedad que corresponda copias de las certificaciones acreditativas del cumplimiento de deberes urbanísticos a que se refiere el artículo 28, a fin de que se tome la nota marginal en las inscripciones de las fincas respectivas.

Este precepto, tampoco citado en el artículo que se critica, constituye una de las novedades de la nueva Ley y exige un breve comentario. El artículo 28 tiene por objeto la determinación de las condiciones exigidas por el sistema para la adquisición, precisamente, del derecho al aprovechamiento urbanístico y se complementa con el artículo 29, en cuanto establece la forma de concreción de dicho aprovechamiento, según el suelo se someta a actuación sistemática o asistemática.

Por tanto, la nota prevista en el artículo 26 tiene por objeto la publicación en el Registro de la Propiedad de la adquisición del derecho al aprovechamiento apropiable, lo que supone una primera regla esencial para considerar la trascendencia de la publicidad registral en orden a la defensa y amparo del titular dominical del suelo y a la existencia y ejercicio de sus derechos y facultades urbanísticas. En este sentido, es errónea la primera afirmación de NÚÑEZ LAGOS de que el aprovechamiento no es susceptible de inscripción. La propia Ley señala lo contrario y, además, mediante la imposición de un deber general a la Administración municipal de remitir al Registro el documento acreditativo de la adquisición del derecho en cada caso concreto.

Naturalmente, el precepto se refiere al aprovechamiento apropiable, cuantificado en los términos que la propia norma impone y que el Plan ha de especificar, y que nada tiene que ver con el aprovechamiento real o materializable, es decir, la edificabilidad de cada zona o unidad homogénea de suelo calificado, que constituye una determinación objetiva de planeamiento, perfectamente cognoscible a través de la documentación del Plan.

Sin duda, por ello el IV Congreso Internacional de Derecho Registral, celebrado en México en 1980, señaló, en el punto 3 de las Conclusiones de su Tercera Comisión, que el Planeamiento Urbano, en cuanto decisión de

los órganos públicos sobre la capacidad de la superficie terrestre respecto de la implantación de usos urbanos, debe contenerse para su obligatoriedad en actos normativos, de carácter general, cuya vigencia dependerá de su publicación oficial (4).

Sin embargo, es evidente que no ocurre lo mismo con el nuevo concepto del aprovechamiento apropiable, puesto que esta institución no responde directamente a una determinación del Plan, sino al reconocimiento de un derecho subjetivo, de naturaleza urbanística, vinculado en su titularidad a una finca determinada, que se adquiere como consecuencia del cumplimiento de deberes concretos para cada caso. Esa es la *ratio iuris* del precepto contenido en el artículo 26.3, plenamente adecuado a la dicción del artículo 1 de la Ley Hipotecaria. El Registro de la Propiedad tiene por objeto la inscripción o anotación de los actos y contratos relativos al dominio y demás derechos reales sobre bienes inmuebles.

Centrada, por tanto, la cuestión conviene distinguir dos aspectos diferentes en el acceso al Registro de la Propiedad de actos relativos al derecho sobre el aprovechamiento apropiable. El primero se refiere a su adquisición como consecuencia del cumplimiento de los correlativos deberes impuestos por la Ley y se tratará a continuación. El segundo afecta al tráfico sobre dicho aprovechamiento y se estudiará posteriormente a propósito de su transferencia en actuaciones sistemáticas, asistemáticas y mixtas.

En cuanto al primero de los problemas apuntados, la Ley del Suelo se limita, como hemos visto, a la dicción del artículo 26.3. Se trata de un precepto en el que resulta esencial su desarrollo *reglamentario*, pero respecto de cuyo contenido pueden hacerse las siguientes precisiones:

- Es evidente que la adquisición del aprovechamiento apropiable no depende de que se practique la nota marginal ordenada por el precepto. Por tanto, no se trata de un asiento constitutivo de la existencia de derecho, que depende del reconocimiento por la Administración del cumplimiento de los deberes previstos por la propia Ley para que el titular del terreno pueda ejercitarlo. El asiento responde al carácter declarativo que es regla general en la inscripción registral.
- Sin embargo, puede afirmarse que la nota marginal supone una conformación de la titularidad del aprovechamiento apropiable, en la medida en que mientras se mantenga vigente el Plan de Ordena-

(4) Sobre esta materia se trata con más amplitud en nuestro trabajo «Notas sobre las resoluciones aprobadas en Congresos Internacionales de Derecho Registral en materia de Catastro y Planeamiento y Gestión Urbanística», publicado por el Colegio de Registradores en el tomo VI, volumen 11-A, de la obra *Leyes hipotecarias y registrales de España*, Madrid, 1981.

ción quien la ostente estará legitimado para su transferencia, en los casos previstos por la Ley, en los términos señalados en el primer inciso del artículo 38 de la Ley Hipotecaria.

- Es más, frente a la propia Administración urbanística la nota marginal supone un medio de prueba de la adquisición del derecho y de su cuantificación concreta, de tal forma que en caso de negativa a su ejercicio sería necesario la previa impugnación de la validez del asiento, en los términos señalados en el párrafo tercero del citado artículo 38, en relación con el último inciso del artículo 1 de la propia Ley Hipotecaria.
- En todo caso, la nota marginal implica para el adquirente de la finca la subrogación, no sólo en el conjunto de los derechos y deberes inherentes a su titularidad, que se produce *ex lege* conforme a lo dispuesto en el artículo 22 de la Ley del Suelo, sino, además, en la situación de legitimación legal frente a terceros y frente a la Administración urbanística, que resulta de la aplicación del principio de publicidad registral al acto administrativo que generó formalmente el derecho al aprovechamiento lucrativo.

Por todo lo dicho, resulta inexacta la triple afirmación de NÚÑEZ LAGOS. En efecto:

- Es cierto que el aprovechamiento urbanístico, en su calidad de **materializable**, es decir, en cuanto determinación objetiva del Plan sobre cada zona de suelo calificado, no necesita de la inscripción. Sin embargo, es totalmente inexacto e, incluso, contrario a la dicción legal, señalar que el derecho al aprovechamiento apropiable o lucrativo no está amparado por el Registro. Dicho amparo no sólo no se niega, sino que se ordena como deber de la Administración actuante en el artículo 26 de la Ley.
- Es también cierto que la Ley del Suelo no exige la inscripción registral para la adquisición del derecho al aprovechamiento ni aún en su versión de aprovechamiento lucrativo. Sin embargo, al acceso al Registro de la adquisición del derecho es esencial para que quede protegido en su ejercicio por el principio de publicidad registral, lo mismo que los demás derechos reales sobre bienes inmuebles.
- Es inexacta, además de absurda, la tesis de que la falta de protección registral quita todo interés al propietario para hacer constar en el Registro el número de unidades de aprovechamiento que corresponden a su finca. Por el contrario, el número de unidades de aprovechamiento supone la cuantificación específica del derecho adquirido al aprovechamiento apropiable y, por tanto, el acceso al Registro de

la Propiedad del derecho y de su determinación numérica, es decir, de su valor económico, genera en el propietario el mismo interés que la inscripción de sus demás derechos reales, es decir, el normal del sistema registral.

III. LAS TRANSFERENCIAS DE APROVECHAMIENTO. SUPUESTOS E INSCRIPCION REGISTRAL

NÚÑEZ LAGOS estudia las características de las transferencias de aprovechamiento sobre la base de distinguir las que pueden tener lugar en actuaciones sistemáticas, asistemáticas o en los supuestos de ocupación directa por la Administración actuante de terrenos destinados a sistemas generales o a dotaciones públicas de carácter local.

Por otra parte, distingue en los dos primeros supuestos las transferencias que tengan lugar entre particulares y las que se lleven a efecto entre éstos y la Administración.

De su estudio, aunque en un primer momento parece llevar a efecto un análisis legal de los supuestos de transferencia y de su conceptualización desde el punto de vista técnico urbanístico, la conclusión que se obtiene no tiene nada que ver con el planteamiento que hace de la cuestión. En el fondo, el autor se preocupa constantemente de expresar, recurrentemente, una sola idea, es decir, la innecesidad o, incluso la inconveniencia, de que las transferencias de aprovechamiento tengan en cuenta la realidad registral de las fincas afectadas o hayan de concluir en su inscripción en el Registro de la Propiedad.

Ello hace difícil seguir su orden de exposición, puesto que su constante referencia a disposiciones de la Ley del Suelo resulta a veces incompleta e, incluso, contradictoria. En este sentido, de igual forma que en el capítulo anterior, parece más lógico precisar las ideas esenciales de la organización de las transferencias desde el punto de vista urbanístico, para detenernos después en su caracterización civil y en la cuestión de su acceso al Registro de la Propiedad.

1.º CARACTERÍSTICAS URBANÍSTICAS ESENCIALES DE LAS TRANSFERENCIAS DE APROVECHAMIENTOS

Como primera precisión hay que señalar que la materia se encuentra regulada en la Ley del Suelo de forma desordenada, lo que motiva cierta dificultad en el análisis de los preceptos fundamentales que la regulan. El principio general se contiene en el artículo 29, bajo la rúbrica «concreción

del aprovechamiento urbanístico», en el que se distinguen los dos tipos de actuación a que hacíamos referencia en el capítulo anterior, es decir, la sistemática y la asistemática.

A) *Actuación sistemática*

En este primer supuesto, es decir, cuando se actúa a través de los sistemas de equidistribución previstos legalmente, cooperación o compensación, la adaptación del aprovechamiento real de cada parcela y del aprovechamiento apropiable, o posibilidad cuantificada de ejercicio del derecho por su propietario, se resuelve de igual forma que la prevista en la legislación anterior.

En este sentido, a cada propietario aportante de suelo y a la propia Administración se le adjudicará la finca o fincas de resultado que procedan, con el aprovechamiento real que les corresponda, cuya cuantificación en unidades será igual al aprovechamiento apropiable por el adjudicatario y cuya determinación se llevará a efecto en proporción al valor de las superficies iniciales o fincas de origen, aportadas al expediente por los particulares, y a los derechos que por ministerio de la Ley corresponde al órgano actuante sobre el aprovechamiento total de la unidad de ejecución.

Cuando esta operación no fuere posible, los desajustes entre propietarios se resolverán mediante indemnización compensatoria entre ellos, de acuerdo con los criterios que establecen los artículos 90 y siguientes del Reglamento de Gestión Urbanística y, si tales desajustes fueren de imposible solución en el seno del Proyecto de equidistribución por compensación económica sustitutiva, lógicamente a cargo de la Administración.

Lo más característico de la actuación sistemática, desde el punto de vista que nos ocupa, es la trascendencia del Registro de la Propiedad en la iniciación y conclusión del proceso de equidistribución, especialmente acentuada a partir de la publicación de la Ley 8/1990 y que, incluso, ha sido subrayada por el Texto Refundido de 1992. Es lógica si se tiene en cuenta que la reparcelación y la compensación, junto a la expropiación forzosa, ha constituido siempre el campo propio y más específico de la inscripción de actos administrativos de naturaleza urbanística, en la medida en que suponen la modificación descriptiva de las fincas de origen aportadas al expediente, el nacimiento de una titularidad *ex novo*, es decir, la del órgano actuante, y la aparición de nuevas garantías reales, como la afección de las fincas de resultado a la obligación de realizar o pagar la urbanización, según los casos.

En la dicción actual de la Ley del Suelo puede afirmarse que el acceso al Registro de la Propiedad del proceso de equidistribución tiene el carácter

necesario, de tal forma que constituye una excepción legal al carácter voluntario de la inscripción registral. En efecto:

- Así resulta del artículo 310, en cuanto impone el criterio de que la iniciación del expediente se haga constar mediante nota al margen de la última inscripción de dominio de las fincas de origen afectadas, con el fin de que la publicidad registral resultante del asiento permita el despliegue de los efectos del propio precepto en orden a la posible cancelación formal de las inscripciones de fecha posterior a la nota resultantes de títulos que hayan ignorado el contenido del Registro y la existencia del expediente urbanístico.
- También es fundamental el artículo 168, introducido en el Texto Refundido a instancia del Consejo de Estado, que establece como novedad la calificación directa del Registrador de la Propiedad en orden a la transformación en derechos garantizados con hipoteca de las cargas sobre las fincas de origen que, siendo compatibles con el planeamiento, resultan de imposible subsistencia a la vista de las características de la finca de resultado o de las peculiaridades jurídicas del gravamen.
- Es lógico, por tanto, que el artículo 169 concluya estableciendo que una vez firme en vía administrativa el acuerdo de aprobación definitiva, se procederá a su inscripción en la forma prevista en el artículo 310.

Las ideas expuestas resultan esenciales para considerar que, en lo que se refiere a la actuación urbanística, el principio de voluntariedad de la inscripción o debe entenderse inexistente o al menos muy debilitado, lo que resulta perfectamente explicable si se piensa que el proceso de transformación del suelo está íntimamente ligado al principio de seguridad preventiva del tráfico inmobiliario.

Por último, en materia de actuación sistemática, podría plantearse la cuestión de si, delimitada la unidad de ejecución y antes de la aprobación definitiva del proyecto que concreta las fincas de resultado y su aprovechamiento, cabe entre los propietarios de las fincas originarias la cesión del aprovechamiento apropiable proporcional a las mismas, sin que la operación suponga la transmisión del dominio de las propias fincas.

Se trata de un supuesto que se ha dado algunas veces en la práctica como operación de venta de puntos-suelo u otras similares. En principio puede admitirse conceptualmente, siempre que, de acuerdo con la nueva Ley, se sujete a los requisitos formales y fiscales de una transacción inmobiliaria ordinaria. Su tratamiento registral sería similar a las transferencias en actuación asistemática, pero, en todo caso, su estudio excede de los límites de este trabajo.

B) *Actuación asistemática*

Es el punto que fundamentalmente nos interesa, puesto que constituye la principal novedad legal y tiene por objeto, como veíamos en el capítulo anterior, la transferencia del aprovechamiento apropiable que corresponde a los propietarios de parcelas no incluidas en unidad de ejecución. En este punto, el artículo 29 de la Ley se limita a remitirse a las disposiciones que a continuación comentaremos y cuyo contenido implica una serie de problemas nuevos, de los que no puede afirmarse que carezcan de precedentes en la legislación urbanística anterior a la Ley de 25 de julio de 1990.

Los supuestos de transferencia de aprovechamientos se regulan, en la actuación asistemática, en los artículos 185 y siguientes de la Ley del Suelo. Para su estudio hay que diferenciar tres aspectos distintos, referidos a las modalidades de transferencia, a su clasificación según su carácter voluntario, obligatorio o inducido, y a sus características, según tenga lugar entre particulares o entre éstos y la Administración.

1. Modalidades

Los artículos 187, 188.1 y 194.1 delimitan diferentes modalidades de transferencia, según la situación urbanística de las parcelas afectadas. Así, en síntesis, la transferencia puede tener lugar:

- Mediante la cesión o distribución de aprovechamientos entre solares pertenecientes a particulares, cuando uno de ellos carezca de aprovechamiento real o materializable o éste sea inferior al apropiable por su titular y el otro se encuentre en situación inversa.
- Mediante acuerdo de adquisición de aprovechamientos a la Administración por parte del propietario del solar cuyo aprovechamiento apropiable no sea suficiente para materializar el real de su parcela, según las previsiones objetivas del Plan.
- Mediante adquisición por la Administración de los aprovechamientos susceptibles de apropiación por un propietario determinado no materializables sobre su parcela, mediante el pago en dinero a su titular del valor urbanístico correspondiente.
- Mediante cesión por el titular de la parcela afecta a sistemas generales o usos dotacionales locales y no incluida en unidad de ejecución, a través del procedimiento de ocupación directa que luego estudiaremos.

En realidad, sólo las tres primeras modalidades pueden calificarse de transferencias en actuación asistemática pura, puesto que el cuarto, si bien

comienza como un supuesto de actuación fuera de sistema de actuación, concluye, en realidad, integrado en un proyecto de equidistribución.

Por otra parte, la característica fundamental del primer supuesto consiste en que, en principio y de acuerdo con la dicción legal, en la cesión o distribución entran en juego dos fincas distintas: la de origen, cuyo propietario es titular de un derecho de aprovechamiento apropiable sin posibilidad total o parcial de materialización, y la de destino, cuyo aprovechamiento real es superior a la posibilidad jurídica de apropiación por su titular.

En cambio, en las dos segundas modalidades la Administración transmitente o adquirente carece, o puede carecer normalmente, del soporte predial físico que el texto legal prevé cuando la transferencia se produce entre particulares.

Nos limitamos ahora a este primer apunte, puesto que la cuestión se estudiará con más detalle más adelante.

2. Clasificación de las transferencias por razón de su grado de voluntariedad

La Ley no contempla los ajustes entre el aprovechamiento materializable y el apropiable como una operación o negocio jurídico puramente voluntario o forzoso, sino que admite matices en el grado de compulsión sobre el titular del suelo para que lleve a efecto la transferencia, bajo cualquiera de las modalidades expuestas, especialmente las tres primeras. En este sentido, cabe distinguir tres supuestos, que dependen del carácter imperativo o dispositivo de las determinaciones del Plan y del momento en que tenga lugar la transferencia.

2.1. Transferencias obligatorias o coactivas

La Ley concede una gran importancia a la intervención mediadora de la Administración actuante y a la posibilidad de establecimiento coactivo de la transferencia. El supuesto se producirá en dos casos.

- Cuando se trate de la ocupación directa de parcelas afectas a sistemas generales o a dotaciones públicas de carácter local no incluidas en unidades de ejecución, como mecanismo sustitutorio de la expropiación forzosa que será objeto más adelante de estudio especial.
- Cuando se dé el caso previsto en los artículos 191 y 192, es decir, si la **materialización** del aprovechamiento real sobre la parcela está previsto en el Plan como norma vinculante, de forma que el volu-

men o altura de la edificación tenga el carácter de mínima. En este caso la Administración exigirá que el proyecto de edificación se ajuste a estas condiciones imperativas, de tal forma que si no las cumple o no se acredita por el propietario la adquisición de las unidades suficientes de aprovechamiento apropiable la Administración resolverá sobre la imposición coactiva de la transferencia o sobre la expropiación de la parcela en las condiciones marcadas por la Ley.

En el segundo caso, es decir, de transferencia coactiva en sentido estricto, el problema que se plantea consiste en determinar qué tipo de transferencia puede imponer coactivamente la Administración.

En teoría podría ser cualquiera, ya que la Ley no distingue; pero no cabe duda de que la transferencia entre particulares impuesta coactivamente resulta extraordinariamente difícil, puesto que implicaría una expropiación a favor de beneficiario, dirigida contra el administrado concreto que el propio beneficiario designe.

La tramitación de la expropiación, en este caso, habría de llevarse a efecto por un procedimiento similar al previsto en el artículo 211 para la imposición o extinción forzosa de servidumbres incompatibles con el planeamiento, por buscar un ejemplo similar en actuaciones asistemáticas, aunque en este supuesto la determinación del titular pasivo del procedimiento está perfectamente determinado, a diferencia de lo que ocurriría con la transferencia coactiva.

Por ello parece más lógico entender que dichas transferencias coactivas deben encuadrarse dentro de las posibilidades de transmisión de aprovechamientos por la Administración, a partir de los que haya adquirido previamente o de los que le corresponden por ministerio de la Ley.

2.2. Transferencias inducidas

Pueden entenderse incluidos en este grupo los supuestos previstos en los artículos 189 y 190, cuya nota distintiva consiste en que el volumen y altura de la edificación se configuren por el Plan como un máximo que el propietario de la parcela no está obligado a materializar.

En este caso, para resolver los dos supuestos posibles de inadecuación entre el proyecto presentado y el aprovechamiento materializable sobre la parcela o el apropiable por su titular, la Ley marca un doble criterio:

- Si el propietario de la parcela presentase un proyecto conforme con el aprovechamiento real señalado por el Plan para el solar de que

trate, pero dicho aprovechamiento excediera del apropiable por su titular, la Administración suspenderá la decisión sobre la licencia solicitada y concederá al peticionario un plazo de seis meses para que, mediante cualquiera de los tipos de transferencia admitidos, adquiera el déficit de aprovechamiento apropiable necesario. Transcurrido dicho plazo sin que haya tenido lugar dicha adquisición, el solicitante deberá acomodar el proyecto al límite del aprovechamiento de que puede apropiarse.

- Si se diera la situación contraria, es decir, si el aprovechamiento edificable previsto en el proyecto se ajustase al apropiable por el titular de la parcela, aunque éste fuese inferior al aprovechamiento materizable sobre la misma, el solicitante podrá, dentro del mismo plazo de seis meses, optar por la adquisición del aprovechamiento apropiable necesario para completar el aprovechamiento real, previa modificación del proyecto, o renunciar, expresa o tácitamente, a edificar el aprovechamiento real, conformándose con la edificación del apropiable, es decir, el originariamente proyectado.

El criterio legal ofrece una ventaja y un inconveniente:

- La ventaja consiste en la simplificación del sistema, puesto que evita transferencias, por vía de la renuncia a las posibilidades de edificación que el propio Plan no considera imprescindibles.
- El inconveniente, esencialmente urbanístico, se suscita en la medida en que el diseño de la ciudad queda en manos de la voluntad de construcción de los particulares. Si el Plan no delimita como mínimos determinados baremos de edificación, puede ocurrir que la configuración del núcleo urbano no constituya el resultado del diseño físico de la edificabilidad real proyectada, sino la consecuencia de la aplicación a cada solar de las posibilidades de edificación que le correspondan a cada propietario, en función de su aprovechamiento apropiable. En definitiva, la ciudad no crece y se conserva de acuerdo con las características físicas de cada parcela, sino de la posibilidad jurídica de apropiación de aprovechamiento por el titular de cada solar.

2.3. Transferencias voluntarias

Son las contempladas de forma genérica en el artículo 188, fuera de los casos de su imposición coactiva o de los casos en que la Administración ha de inducir las como consecuencia de la solicitud de licencias específicas de

edificación. En efecto, es perfectamente lógico que los titulares de suelo sujeto a actuación asistemática en los que no coincida el aprovechamiento apropiable y el **materializable** adopten una doble actitud:

- Que antes de la adopción dentro del plazo legal de la decisión de edificar el titular o titulares de solares convengan en transferencias preparatorias de la solicitud de futuras licencias.
- Que incluso después de concedida la licencia, que ha de limitarse naturalmente al aprovechamiento real previsto por el Plan, en el caso de que consuma sólo una parte del aprovechamiento apropiable se pretenda la transferencia a otro solar del exceso de dicho aprovechamiento que no ha podido ser **materializado**.

Estos casos, a los que la Ley se refiere de forma genérica en el artículo 188, serán, lógicamente, los más frecuentes. En efecto:

- Parece absurdo que en una buena planificación de la actividad de los propietarios de parcelas sujetas a actuación urbanística asistemática se demore la decisión de la transferencia al momento en que se pretende edificar. Por el contrario, lo natural es que, conocidos los datos de aprovechamiento en función del área de reparto, se promuevan transferencias inmediatas.
- Tampoco tiene razón de ser que el propietario de una parcela cuyo aprovechamiento real es inferior al apropiable o lucrativo renuncie a la posibilidad de transferir el exceso no materializado antes de la revisión del Plan.

El sistema se completa con la posibilidad de que el propietario del solar edificado o dotado de licencia, cuyo aprovechamiento apropiable no ha sido materializado en su totalidad, pueda imponer a la Administración el expediente de adquisición expropiatoria de dicho aprovechamiento que establece el artículo 202 de la Ley cuando se produzca la revisión del Plan.

3. *Clasificación de las transferencias según los sujetos intervinientes*

Hacíamos alusión antes a este tercer criterio de clasificación cuyo criterio distintivo nace de la calidad de los sujetos que intervienen en la cesión de aprovechamientos urbanísticos. El hecho de que sea la Administración actuante quien transfiera o adquiriera aprovechamiento apropiable incide directamente en una serie de aspectos básicos:

- La Administración, en principio, adquiere el aprovechamiento sin adscribirlo a una finca determinada, de tal forma que el derecho transmitido opera sobre un objeto desgajado o desvinculado, al menos provisionalmente, de una parcela concreta. Sin embargo, esto no debe suponer que las unidades correspondientes pierdan su identidad o, dicho de otra manera, que desaparezca el rastro y la causa de su existencia. Por ello será necesaria la implantación de una fórmula técnica que permita aplicar a tales unidades criterios de determinación y concreción.
- La posibilidad de la Administración actuante de transmitir derechos de aprovechamiento a los particulares, en el campo de su función de intermediación, no debe llegar al extremo de que los aprovechamientos transmitidos carezcan de un límite, que debe venir impuesto por la cuantificación del que le corresponde por ministerio de la Ley, incrementado en las unidades que haya adquirido puntualmente de propietarios de parcelas carentes de aprovechamiento real.
- Por último, la desvinculación entre el aprovechamiento adquirido por la Administración respecto de fincas concretas impone la búsqueda de procedimientos que permitan su identificación, de forma similar a los establecidos en el caso de la ocupación directa a que haremos referencia luego.

2.º CARACTERIZACIÓN CIVIL DE LOS NEGOCIOS DE TRANSFERENCIA

En este punto, y con el fin de afirmar como conclusión que el adquirente de derechos de aprovechamiento apropiable no goza de otra protección que la que le proporcione el simple negocio o contrato, puesto que, según su peculiar punto de vista, el Registro no garantiza ni protege el derecho transmitido, NÚÑEZ LAGOS afirma:

- Que las transferencias de aprovechamiento «son negocios jurídicos voluntarios».
- Que «leyendo la Ley, parece que no tienen ese carácter voluntario aquellos casos en que existan, para una determinada zona, condiciones urbanísticas de volumen o alturas mínimas».
- Que «las transferencias de aprovechamiento se efectúan conforme al Plan que señala los aprovechamientos, pero no son actos de ejecución del Plan, porque no son actos que ejecute la Administración por sí o mediante los particulares, en los términos establecidos en el artículo 141 de la Ley».

Realmente el triple aserto del autor, que olvida preceptos esenciales en la interpretación, difícilmente puede dar una idea clara de lo pretendido por la norma urbanística.

En efecto, de entre las distintas opciones posibles de configuración civil de las transferencias, es decir, negocio obligacional, consideración del aprovechamiento como un bien de naturaleza mueble cuya disposición podría adecuarse a la técnica de los títulos valores o negocio inmobiliario ordinario, la Ley ha optado por este último.

Ya JOSÉ LUIS LASO había expresado la idea que ahora sigue la Ley con la claridad que le caracteriza, al decir que «la falta de corporeidad tangible, que es connatural al aprovechamiento pendiente de realizarse, parece que determina su calificación como bien mueble. Sin embargo, ello no pasa de mera apariencia porque, en realidad, tanto por su origen como por su destino final el aprovechamiento siempre llama al suelo como soporte imprescindible, con lo que, bien se considere como un derecho sobre el mismo o como concesión, siempre será, en fin, parte integrante del suelo».

Hay que tener en cuenta, como señalábamos en una nota anterior, que LASO escribe en un momento en el que todavía la Ley no ha introducido la diferenciación entre el aprovechamiento real y el aprovechamiento apropiable, lo que hace más meritoria su premonición sobre el futuro régimen legal.

Por tanto, para caracterizar desde el punto de vista civil la transferencia de aprovechamiento será necesario distinguir los diferentes supuestos, a la luz de las disposiciones legales concretas que definen este tipo de negocio.

Para ello hay que partir de una primera premisa; es inexacta la afirmación de que la transferencia no constituye un negocio de ejecución del Planeamiento. En efecto, el precepto básico en esta materia no es el artículo 141, al que acude NÚÑEZ LAGOS, sino el 140, que encabeza el título IV de la Ley del Suelo, según el cual «la ejecución del planeamiento se desarrollará por los procedimientos establecidos en la legislación urbanística aplicable, que garantizarán la distribución equitativa de los beneficios y cargas entre los afectados». Pues bien, este precepto:

- Comprende tanto la actuación sistemática como la asistemática y, por tanto, los ajustes de aprovechamiento en esta última, que se regulan en el capítulo III, de dicho título IV.
- No podía dejar de alcanzar, dentro del término genérico ejecución, a las transferencias de aprovechamiento, puesto que su finalidad es precisamente el reparto de los beneficios dimanantes del Plan, de acuerdo con el principio de justicia distributiva.

Por tanto, los principios generales aplicables a la ejecución urbanística, y especialmente los que definen el acceso al Registro de la Propiedad de

toda clase de actos comprendidos en dicha ejecución, son predicables tanto de la actuación sistemática como de la que se produce fuera de la unidad de ejecución, idea que resulta esencial en la materia, como luego estudiaremos.

Partiendo de esta premisa inicial es evidente que la naturaleza jurídico-civil de la transferencia es distinta según su carácter.

a) *Transferencias voluntarias e inducidas*

En estos casos en los que los particulares llevan a cabo el negocio de transferencia de forma no coactiva es necesario distinguir, a su vez, dos supuestos, según que el ajuste del aprovechamiento apropiable tenga lugar con intervención de dos titulares, adquirente y transmitente, o que dicho ajuste se lleve a efecto entre fincas pertenecientes al mismo titular.

- En el primer caso, de transferencia entre titulares distintos, el negocio tiene normalmente las características de una compraventa, si bien sujeta a la doble matización de que ha de estar autorizada por la Administración urbanística y de que su objeto está constituido por un objeto inmobiliario especial: las unidades de aprovechamiento apropiable previamente reconocidas al transmitente.
- En el segundo supuesto, de adscripción del aprovechamiento apropiable cuantificado en relación a una finca, mediante su adscripción a otra perteneciente al mismo titular, la calificación correcta del negocio es determinativo, de las mismas características que los de segregación, agregación o agrupación, de tal forma que el consentimiento del titular, que ha de ostentar poder de disposición sobre el objeto, tiene el carácter de formal, en los términos señalados por la doctrina clásica civil.

La Ley califica las transferencias como acuerdo de cesión o distribución entre propietarios particulares en su artículo 187.1, aunque también utiliza la palabra venta en el 188.2. Por otra parte, se refiere a la adquisición o transmisión por la Administración con los términos compra, venta o cesión por cualquier título en los artículos 188.1 y 2 y 197.b).

Por tanto, parece claro que cuando la Administración no interviene la Ley admite cualquiera de las fórmulas civiles de acuerdo traslativo inmobiliario válido como la donación, la permuta, la dación en pago u otros. En todo caso, mediante un negocio jurídico sujeto al régimen ordinario civil que le sea aplicable. En cambio, cuando interviene la Administración, la terminología legal se refiere, más bien, a negocios onerosos, civiles, como la compraventa, o administrativos, como el acuerdo de cesión.

b) *Transferencias coactivas*

La Ley no se pronuncia sobre la naturaleza jurídica de la transferencia coactiva. NÚÑEZ LAGOS expresa una opinión sobre la necesidad de la aceptación del adquirente, en la misma forma prevenida para las donaciones y las adquisiciones *mortis causa* que solamente puede entenderse bajo el presupuesto de que dicho autor configura la transferencia coactiva como un negocio voluntario más.

En realidad, la única forma de entender la posibilidad de adquisición obligatoria de aprovechamientos apropiables, y es la más probable si se tiene en cuenta que estudiamos un texto legal de técnica típica de Derecho público, sería la de configurarla en un doble sentido:

- Como un expediente de expropiación forzosa dirigido sobre el transmitente, en calidad de expropiado, y a favor del adquirente, en calidad de beneficiario. El supuesto está perfectamente previsto en la legislación de expropiación forzosa, pero sería de muy difícil aplicación en la práctica, como señalábamos anteriormente.
- Como un expediente de adquisición obligada, en el que el transmitente sería la propia Administración actuante. Parece la solución más lógica, sobre todo si se tiene en cuenta que la fórmula se aplica en otros casos. A título de ejemplo puede citarse el propio artículo 188.2 de la Ley del Suelo, cuando establece la aplicación del artículo 202.2, es decir, la expropiación obligatoria por la Administración a petición del titular del suelo edificado o con licencia concedida, cuando, en el momento de la revisión del Plan, no hubiese podido materializar la totalidad de su aprovechamiento apropiable. Otros supuestos serían el de imposición forzosa de servidumbres a que se refiere el artículo 211 de la Ley del Suelo o la adquisición forzada de parcelas sobrantes de la vía pública, que se regulan en los artículos 7 y 114 y siguientes del Reglamento de Bienes de las Entidades Locales de 13 de junio de 1986.

De acuerdo con lo expuesto, la afirmación de NÚÑEZ LAGOS en orden a que la transferencia no constituye «acto de ejecución del Plan» es inexacta, incluso a la vista de la mera dicción legal, y su conceptualización de la naturaleza jurídica de la cesión o distribución es, como mínimo, incompleta.

De hecho, con una definición descriptiva podría decirse que la transferencia de aprovechamientos urbanísticos es un acto de ejecución del Planeamiento realizado por los titulares de fincas incluidas en área de reparto, entre ellos o con la Administración Urbanística, impuesto, inducido o controlado por ésta y formalizado mediante compraventa u otro contrato con

eficacia traslativa inmobiliaria cuando tenga lugar con carácter voluntario, o mediante el procedimiento de expropiación forzosa cuando se imponga con carácter coactivo.

3.º LA INSCRIPCIÓN EN EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD
DE LAS TRANSFERENCIAS DE APROVECHAMIENTO

En este punto concreto las afirmaciones y comentarios a la Ley que lleva a cabo NÚÑEZ LAGOS son bastante contradictorias con sus propios criterios y carecen absolutamente de fundamento a la vista de una correcta y completa interpretación del texto legal.

a) Se sostiene que son contradictorias:

- En primer término, porque parte de que el negocio de transferencia tiene «carácter inmobiliario y traslativo», para, a continuación, excluir la conveniencia de su inscripción en el Registro, pese a la dicción del artículo 1 de la Ley Hipotecaria. La única explicación posible es que al autor le parezca poco conveniente la inscripción registral en general.
- En segundo lugar, porque la solución que ofrece para el traslado de cargas, en caso de transferencias de aprovechamiento entre fincas concretas, carece de toda técnica y se opone a su propia tesis de que el negocio jurídico de cesión o distribución se debe ajustar a los criterios generales sobre negocios traslativos inmobiliarios.

b) Se afirma que carecen de fundamento a la vista de una interpretación correcta y completa de la realidad legal:

- Porque señala lo contrario el artículo 307.5, ya citado, y al que no hace la menor alusión el autor del artículo.
- Porque la inscripción de aprovechamientos tiene carácter necesario, como se desprende de todos los preceptos de la Ley del Suelo sobre actos incluidos en el ámbito de ejecución urbanística y, específicamente, los que se producen dentro de la denominada actuación asistemática, como tendremos ocasión de ver.
- Porque en determinados casos dicha inscripción no sólo resulta necesaria, sino que puede perfectamente conceptuarse como constitutiva.

Para un adecuado estudio de las cuestiones planteadas conviene distinguir tres tipos o modalidades de transferencia, incardinados todos ellos en

la clasificación que hacíamos antes en relación con sus modalidades, con los sujetos intervinientes o con su carácter voluntario o coactivo. Se trata de las transferencias en las que entren en juego simultáneamente dos fincas concretas, aquellas en las que no existe inicialmente una finca de destino y, por último, el caso especial de la ocupación directa de parcelas afectas a usos generales o a dotaciones públicas de carácter local.

Previamente ha de examinarse el criterio general previsto expresamente en la Ley sobre sus requisitos formales. Dicho criterio se contiene en los artículos 197 y 198, según los cuales:

- En los Ayuntamientos se creará un Registro de Transferencias de Aprovechamiento, en el que se inscribirán, al menos, los acuerdos celebrados entre particulares, los de compraventa o cesión entre éstos y la Administración y las transferencias de carácter coactivo.
- La previa inscripción de la transferencia en el Registro citado será requisito previo para el acceso del título al Registro de la Propiedad.
- En todo caso, para la inscripción en el Registro de Transferencias será necesario acreditar la titularidad registral de la parcela o parcelas a que la transferencia se refiera, exigiéndose en caso de existencia de cargas la conformidad de los titulares de éstas.

Como comentario general de estos requisitos generales cabe señalar:

a) *En orden a su concordancia con el sistema urbanístico*

El contenido de los preceptos citados es lógico si se tiene en cuenta que se trata de supuestos de ejecución directa de las determinaciones del Plan, tal y como señalábamos antes, y que respecto de tales actos de ejecución ya en legislación anterior refundida su acceso al Registro se considera necesario, como un deber impuesto por la norma a la Administración actuante. Así resulta:

- De los artículos 168, 169, 162.2 y 157.3 de la Ley y concordantes del Reglamento de Gestión Urbanística, para los sistemas de actuación por Cooperación y Compensación.
- De los artículos 171, 223.2 y 224 de la Ley, en relación con los concordantes del Reglamento citado, para los expedientes dimanantes del sistema de Expropiación Forzosa, al que cabe añadir que sus efectos materiales, similares a los del principio de fe pública registral, no son entendibles sin inscripción del dominio adquirido por el

órgano actuante, tema ya tratado por el autor de este trabajo en un artículo relativamente reciente (5).

b) *En orden a su concordancia con el sistema civil de transmisiones*

En este punto, el sistema de acceso al Registro que la Ley establece para las transferencias de aprovechamiento es totalmente lógico. En efecto, si como hemos visto a lo largo del trabajo la realidad que se estudia se ubica en el campo de la transmisión inmobiliaria, con todos los matices que resultan de su conceptualización y regulación, no cabe duda de que la institución llamada a proteger este espacio concreto de la seguridad del tráfico y de los derechos que constituyen su objeto es el Registro de la Propiedad. De aquí la plasmación en la nueva Ley de las soluciones que ya se apuntan en la legislación anterior y que hemos examinado en el capítulo primero.

Sin embargo, la novedad de las cuestiones planteadas hace conveniente el estudio de las mismas en los tres supuestos que antes **enumerábamos**, si bien teniendo en cuenta que el cumplimiento de las previsiones generales contenidas en los artículos 197 y 198 deberá necesariamente ser completado con las normas reglamentarias, cuya elaboración exige el inciso último de la disposición adicional 10 de la Ley de 25 de julio de 1990, que han de dirigirse precisamente al desarrollo de las disposiciones registrales contenidas en la Ley y a las que, por cierto, tampoco se refiere NÚÑEZ LAGOS.

A) *Transferencias entre propietarios de fincas distintas y existentes en el momento de su formalización*

En este supuesto, quizá el más complejo en cuanto a su conceptualización, se trata del traslado de una facultad jurídica, determinada en cuanto a su existencia y cuantificación, por la titularidad de una finca determinada, desde ésta a otra distinta, cuya proporción desde el punto de vista de la comparación de su propio aprovechamiento materializable con el apropiable por su titular está en situación inversa que la primera. La situación puede darse, antes lo señalábamos al estudiar la naturaleza del caso, entre fincas pertenecientes al mismo titular o a distintos propietarios.

En ambos supuestos, puede en principio dudarse sobre el tipo de inscripción registral de la transferencia, cesión o distribución que se lleve a efecto.

(5) La expropiación urbanística. Alcance y significado de los artículos 138 y siguientes de la Ley de Régimen del Suelo y Ordenación Urbana, Texto Refundido de 9 de abril de 1976. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 610.

- A favor de su naturaleza declarativa y voluntaria, puede aducirse que la Ley no expresa otra cosa, por lo que es aplicable el sistema general previsto en el artículo 606 del Código Civil, en relación con la legislación hipotecaria.
- A favor de su naturaleza declarativa, pero necesaria, puede argumentarse que se trata de un supuesto de ejecución urbanística en el que, como todos los demás, la inscripción es obligada. Por otra parte, inducen a esta idea las previsiones legales sobre necesidad de acreditar la titularidad registral y el consentimiento de los titulares de cargas de ambas fincas. Es el criterio que defendemos en este caso y el que nos parece más prudente y ajustado a una interpretación sistemática de las normas legales y de las necesidades de protección del tráfico inmobiliario generado por la necesaria distribución de cargas y beneficios resultantes del Plan.
- A favor de su naturaleza constitutiva podría señalarse el carácter inmaterial, no perceptible por los sentidos y no protegible por la simple publicidad posesoria del Derecho transmitido o distribuido, lo que supone la necesidad de una solución registral y lo inadecuado de la solución que sobre la *traditio ficta* establece el artículo 1.462 del Código. Por otra parte, se trataría de un supuesto de aplicación analógica de otras normas legales sobre derechos inmobiliarios similares, especialmente el de superficie, a que se refiere el artículo 288.2 del texto vigente de la Ley del Suelo. Se trata de una cuestión opinable, que adquiere mayor trascendencia en los casos en que no existe finca de destino del aprovechamiento, a que luego nos referiremos.

De todas formas, aún prescindiendo de cualquier discusión técnica sobre naturaleza de la inscripción, lo cierto es que la Ley, sobre todo en su versión de 26 de junio de 1992, somete la transferencia a la doble inscripción en el Registro de Aprovechamientos, dirigida a controlar la legalidad urbanística, y en el de la Propiedad, Registro jurídico por antonomasia, cuya finalidad es la publicidad, con eficacia frente a tercero, del Derecho transmitido y del título traslativo. En este sentido se pronuncia, de forma sencilla e inequívoca, JESÚS GONZÁLEZ PÉREZ (6).

En cuanto a los demás aspectos del supuesto, cabe señalar:

(6) *Comentarios a la Ley del Suelo*. Texto Refundido de 1992, volumen II, Cívitas, 1993.

a) *Título formal de la transferencia*

En este punto, el artículo 197.a) señala que las transferencias entre particulares deberán constar en documento público. Lógicamente, será la escritura pública ordinaria o la sentencia firme, en los términos del artículo 3 de la Ley Hipotecaria, para los actos traslativos, y la misma escritura para los actos de simple distribución, por imperativo del precepto citado, en relación con el artículo 50 del Reglamento Hipotecario. En este punto coincidimos con NÚÑEZ LAGOS, si bien éste no distingue entre la distribución y la transmisión en sentido propio.

Ahora bien, en lo que se refiere a esos mismos actos de transferencia, cuando interviene la Administración como cedente o cesionaria de aprovechamientos, la realidad es que la escritura pública no parece constituir el único título formal utilizable, tal y como preconiza el autor que comentamos. En efecto:

- El artículo 191.a) se refiere de forma expresa a la escritura sólo para las transferencias entre particulares.
- El artículo 308 de la Ley del Suelo dispone que, salvo en los casos en que la legislación establezca otra cosa, los actos a que se refiere el número anterior (entre ellos los de transferencia), podrán inscribirse en el Registro mediante certificación administrativa...
- El artículo 3 de la Ley Hipotecaria admite como título formal ordinario el documento auténtico expedido por el Gobierno o sus agentes.

Por tanto, en este segundo caso parece que puede constituir título inscribible, en sentido formal, tanto la escritura como la propia certificación administrativa del acuerdo de cesión, o incluso el de distribución, a la vista del contenido del artículo 310.5 de la Ley y 54.3 *in fine*, que derogan, en esta materia, lo dispuesto en el artículo 50 del Reglamento Hipotecario.

b) *Requisito previo de la inscripción en el Registro de Transferencias de Aprovechamiento*

El Registro de Transferencias de Aprovechamiento se configura en la Ley como un órgano administrativo de control de la legalidad urbanística de las propias transferencias, cuya creación depende de los Ayuntamientos. La norma se limita a establecer que la inscripción del título formal en dicho Registro constituye requisito indispensable, en todos los casos, para el acceso del mismo al Registro de la Propiedad.

Por tanto, es evidente que el legislador no está pensado en un Registro jurídico inmobiliario, sino en un órgano de policía urbanístico, de carácter preventivo de un posible ilícito o de un fraude apoyado en la confianza social en el contenido del Registro de la Propiedad, en los mismos términos y con similar finalidad que la prevista en el artículo 37.2, cuando sujeta al requisito de que se acredite la existencia de licencia de obras la inscripción registral de los títulos de declaración de obras nuevas.

La dicción legal plantea, sin embargo, un problema de interpretación. En efecto, si el documento en el que se formaliza la transferencia se autoriza o expide antes de que se produzca la resolución administrativa que la aprueba, podría ocurrir que la formalización documental fuera ineficaz en caso de decisión negativa sobre la legalidad urbanística de la propia transferencia.

La cuestión se suscita especialmente en el caso de la escritura pública notarial de transferencias entre particulares, pues el propio otorgamiento origina no sólo gastos notariales, sino incluso fiscales, con independencia de la legalidad del documento.

Por ello parece más lógico que con carácter previo al otorgamiento del título se solicite la aprobación de la transferencia en proyecto y, una vez obtenida ésta, se proceda a la formalización que corresponda. Con ello se conseguiría una interpretación concordada de las disposiciones legales, que se refieren específicamente a la inscripción, pero que omiten la regulación del acto de aprobación de la transferencia de aprovechamientos, que, indudablemente, se situaría en el ámbito de los actos administrativos del tipo de la licencia.

C) *Los requisitos relativos a la certeza de la titularidad registral de las fincas afectadas y de consentimiento de los titulares de cargas*

Se trata de dos aspectos contenidos en el artículo 198.2 de la Ley que NÚÑEZ LAGOS llega a calificar de «lamentables». No se entiende la expresión a menos que, para él, lo «lamentable» sea la propia existencia del Registro de la Propiedad. Aduce el autor que «la titularidad puede acreditarse por cualquier medio como el Catastro, el Censo de Propiedades del Ayuntamiento y, desde luego, el protocolo notarial». Olvida, al parecer, toda la historia legislativa del país desde 1861, el esencial principio civil de publicidad registral y los efectos limitados que predica de la escritura pública el artículo 1.218 del Código Civil. Ni siquiera es necesario detenernos en este punto.

Sin embargo, se trata de una exigencia que merece un doble comentario:

- Si las fincas de origen o de destino de las unidades en que se cuantifica el derecho al aprovechamiento transferido carecen de inmatriculación, parece lógico que la misma constituya exigencia de la operación urbanística, en los mismos términos previstos por la Ley para la actuación sistemática, en los artículos 222.2, referido a la expropiación forzosa, y 310.5, alusivos a los expedientes de compensación o de reparcelación. En este sentido se argumentaba antes sobre el carácter necesario de la inscripción de la transferencia.
- Por otra parte, la exigencia del consentimiento de los titulares de las cargas está probablemente pensada porque la transferencia les afecta sustancialmente, de tal forma que unas se mantendrán por su carácter de compatibles con la transferencia, pero otras, sobre todo en los casos de derechos reales de garantía, habrán de ser distribuidas entre las fincas origen y de resultado en función de su prioridad respectiva y por medios similares a los utilizados en la técnica refaccionaria. En todo caso, se trata de problemas que habrán de ser resueltos reglamentariamente, sin que quepa despacharlos con una solución como la que pretende NÚÑEZ LAGOS, es decir, ninguna.

Así, según su trabajo, el titular de la carga que pierda garantía debe soportar el hecho como un avatar que le sobreviene por decisión del Plan, aunque reconoce que su propuesta tropieza con la «cuestión» que plantea la dicción del artículo 198.2. Y añadiríamos que también con la que nace del principio general de equidistribución que constituye eje conductor de la legislación del suelo.

B) *Transferencias en la que no exista, momentáneamente, finca de destino*

Será el supuesto habitual de las cesiones de aprovechamiento a favor de la Administración actuante, en los supuestos establecidos por la Ley, que antes examinábamos. En efecto, en estos casos el órgano actuante adquiere el aprovechamiento sin que, de momento, pueda concretarlo en una finca determinada.

La solución registral del problema se encuentra prevista en la Ley del Suelo para el caso de la ocupación directa de parcelas destinadas a sistemas generales o dotaciones públicas en el artículo 203.3.1.º, 4 y 5. Según dichos preceptos, y en lo que ahora nos interesa, la finca ocupada se inscribirá a favor de la Administración, en los términos que reglamentariamente se establezcan y, simultáneamente a dicha inscripción, se abrirá folio registral independiente al aprovechamiento urbanístico correspondiente a la finca ocupada (...).

El criterio legal es claro. Si el derecho al aprovechamiento apropiable transferido no se puede referir de forma inmediata a una finca determinada, es posible la apertura de folio registral independiente. La cuestión es si este sistema, previsto específicamente para el supuesto aludido, es aplicable analógicamente a los demás de inexistencia momentánea de finca de destino. A nuestro juicio, la respuesta es afirmativa sin duda alguna. En efecto, la analogía, como sistema general de aplicación de la norma, está prevista específicamente en el artículo 4.1 del Código Civil, y en este caso es evidente la identidad de razón a que se refiere el precepto.

Ahora bien, esto no supone que la inscripción que se practique a favor de la Administración no haya de someterse al conjunto de requisitos que exige el principio de especificidad registral, concretamente los que dimanen de la necesidad de especificación de las unidades en que se cuantifica el derecho transferido y la finca registral de que proceden.

En cuanto a la mecánica de estas inscripciones y su regulación, deberá quedar sujeta a lo que reglamentariamente se establezca, si bien puede llegarse a una afirmación, que va más allá del criterio que anteriormente defendíamos en relación al supuesto de que la transferencia tenga lugar entre propietarios de fincas existentes en el momento de la celebración del negocio.

En aquel caso, el criterio que apuntábamos como más prudente era el carácter declarativo y necesario de la inscripción. Sin embargo, cuando lo necesario es abrir folio nuevo a favor de la Administración adquirente, lo más lógico es entender que la naturaleza de la inscripción es la de constitutiva.

En efecto, lo característico de la inscripción constitutiva, es decir, la negación de la eficacia civil del título por el que se crea, modifique, transmita o extinga el derecho de que se trate es difícil negarla en este supuesto.

Es verdad que la Ley no exige de forma expresa la inscripción en el Registro de la Propiedad para que surta sus efectos la transferencia, pero la configuración civil del negocio entraña un auténtico problema si se parte de la inscripción necesaria en la finca de origen, sin que el derecho transferido tenga un correlativo registral en el folio que bajo nuevo número se abra al aprovechamiento transferido.

En este sentido, parece obvio que, hasta que llegue el momento en que el derecho **cuantificado** que la Administración adquiere, se ceda a un particular para incorporarlo como derecho sobre una finca determinada, lo lógico es que se inscriba en folio independiente a favor del órgano actuante. Se trataría, otra vez, de la aplicación analógica de una norma como la contenida en el artículo citado sobre ocupación directa o, incluso, de preceptos como el artículo 288.2 de la propia Ley sobre el derecho de superficie.

Si se parte de otro criterio, no se entiende que la Administración pudiera llegar a adquirir un derecho sin control de su cuantificación en relación a la finca que determina la existencia del derecho adquirido a favor del transmitente.

De otra parte, podría generarse una reserva indeterminada de aprovechamientos urbanísticos, cuyo agotamiento tampoco podrá ser objeto de control alguno.

Por todo lo expuesto nos inclinamos a pensar que en este caso, como en el que se estudia a continuación, la inscripción en folio independiente no puede tener otro carácter que el de constitutiva, aunque el legislador no lo diga de forma expresa. En realidad nos encontramos ante un supuesto típico de aplicación analógica de la norma (7).

En realidad, fuera de este punto concreto, este segundo supuesto no ofrece peculiaridad especial. Su mecánica ha sido ya estudiada en otro trabajo sobre la materia, al que me remito para evitar repeticiones (8).

C) *La ocupación de terrenos afectos a sistemas generales o a dotaciones públicas de carácter local*

Las peculiaridades esenciales del supuesto, actualmente regulado en los artículos 199 y siguientes, se centran en las siguientes notas:

- Consiste en la apropiación forzosa de una finca no incluida en unidad de ejecución, de tal forma de que, en vez de indemnizarse el perjuicio del propietario mediante el pago de un justiprecio expropiatorio ordinario, la Administración reserva el aprovechamiento apropiable que corresponde a su titular para su satisfacción mediante la adjudicación de una finca de resultado en expediente de equidistribución sobre una unidad cuya aprovechamiento materializable exceda del apropiable por los titulares de las fincas aportadas a dicho expediente.
- Participa, por tanto, de la naturaleza de la expropiación forzosa, si bien supone un medio de ejecución del Plan de carácter especial, cuya peculiaridad consiste en que se inicia como un acto de ejecución asistemática, puesto que se refiere a la adquisición forzosa de

(7) Sobre la aplicación de analogía en la determinación de la naturaleza de inscripción resulta muy interesante el criterio de JOSÉ MANUEL GARCÍA GARCÍA, que expone en el volumen I de su obra, *Derecho inmobiliario, registral o hipotecario*, Cívitas, 1988.

(8) R. ARNÁIZ, *El acceso al Registro de la Propiedad de las transferencias de aprovechamiento urbanístico. Estudios sobre la reforma de la Ley del Suelo*, Colegio de Registradores, 1991.

una finca no incluida en unidad de ejecución, para concluir en la adjudicación al titular del derecho al aprovechamiento apropiable que corresponde al propietario de la parcela ocupada, mediante la atribución o adjudicación de una finca de resultado en una unidad sujeta a actuación sistemática.

No se trata aquí de examinar a fondo el supuesto, pero sí de mencionar algunos aspectos importantes en la materia que tratamos. El procedimiento ya había sido admitido por los artículos 51 y siguientes del Reglamento de Gestión Urbanística, si bien referido al aprovechamiento medio en suelo urbanizable programado y esencialmente a fincas destinadas a sistemas generales, y constituye el precedente inmediato de las transferencias de aprovechamiento reguladas en la nueva legislación.

De la regulación anterior, mantenida vigente por el Real Decreto 304/1993, de 26 de febrero, destacan una serie de aspectos que aclaran y ratifican muchas de las materias examinadas en este trabajo. Cabe señalar los siguientes:

- El Reglamento parte de la base de que el Registro de la Propiedad es un instrumento básico para la determinación y protección del aprovechamiento correspondiente a la finca ocupada hasta el momento de la atribución a su titular de una finca de reemplazo o de resultado en el polígono donde hayan de hacerse efectivos sus derechos.
- La inscripción del aprovechamiento de la finca ocupada se lleva a cabo en dos fases: la primera, mediante la práctica de nota al margen de la última inscripción de dominio de la finca ocupada, que se practica en virtud de certificación administrativa del acuerdo de ocupación, en la que se contienen los datos esenciales de la operación. La segunda, mediante inscripción en el mismo folio de la finca ocupada, de las unidades de aprovechamiento que específicamente corresponden al propietario de aquella y de los titulares de las cargas registrales que pesen sobre la misma, cuyo título sería la escritura pública de determinación de tales unidades.
- El artículo 54 del Reglamento establece un sistema concreto para solucionar la existencia de cargas registrales sobre la finca ocupada, consistente en la previsión de un acuerdo entre sus titulares y el propietario de reparto proporcional de las mismas en régimen de proindiviso, si bien la ocupación, en casos de urgencia, puede seguir adelante aun cuando dicho acuerdo no se produzca.
- Las transmisiones posteriores de todas o parte de las unidades de aprovechamiento inscritas en tales condiciones a favor del titular de

la finca ocupada, o de éste y de los titulares de cargas en virtud del pacto antedicho, «se efectuarán conforme a lo establecido para los bienes inmuebles (...) y se inscribirán en el mismo folio de la finca ocupada, que no se cancelará hasta que se inscriba el acuerdo de reparcelación o compensación del polígono en que los titulares de la finca ocupada hayan de hacer efectivos sus derechos».

La nueva Ley, pese al mantenimiento formal de la vigencia de las normas reglamentarias, introduce algunas modificaciones sustanciales:

- De una parte, rompe el principio de unidad de folio, de tal forma que la finca ocupada se inscribirá a favor de la Administración actuante y simultáneamente se abrirá folio registral independiente al aprovechamiento urbanístico de la finca ocupada. Ello es lógico a la vista de lo que inmediatamente se dirá.
- Ambas operaciones se llevarán a efecto en virtud de un único título, es decir, la certificación del acta en la que consten las circunstancias relativas a la finca y al aprovechamiento que corresponde a sus titulares. Por tanto, en la nueva terminología legal se deja de hablar del aprovechamiento que corresponde a la finca o aprovechamiento medio de la antigua Ley, para centrar el concepto en el que corresponde al titular de la finca, o aprovechamiento apropiable, predicable del propietario, tal y como decíamos antes al tratar del concepto de aprovechamiento urbanístico.

Las dos modificaciones son consecuencia natural del nuevo sistema. El aprovechamiento apropiable viene a considerarse como un derecho, determinado *propter rem*, pero integrante de una realidad inmobiliaria que puede desvincularse de la finca que especifica su cuantía. Por ello, aunque a primera vista la antigua y la nueva regulación no parecen ofrecer diferencias básicas, lo cierto es que la nueva Ley altera el concepto del aprovechamiento inscribible, que limita al apropiable, y, en consecuencia, modifica en la misma medida el sistema de inscripción.

NÚÑEZ LAGOS no profundiza en esta distinción, fundamental para comprender el nuevo sistema legal. Se limita a entender que es más lógica la regulación reglamentaria, en el fondo, porque sigue pensando que el aprovechamiento constituye una determinación del Plan predicable de la finca, inseparable de la misma y no susceptible de tráfico inmobiliario independizado.

Sin embargo, creemos que su posición es acertada en cuanto señala que la inscripción de la finca ocupada a favor de la Administración no puede considerarse como definitiva de dominio hasta que el aprovechamiento

inscrito en folio independiente se transforme, por concreción, en la finca de resultado que se atribuya a su titular en la unidad de ejecución correspondiente. Será un problema que deberá resolver la norma reglamentaria por vía de alteración del actual contenido del Reglamento de Gestión.

Por tanto, el sistema de ocupación directa, del que nos hemos limitado a tratar el problema conceptual de su acceso al Registro, es plenamente coherente, en su regulación actual, con el resto de las determinaciones del capítulo III del título IV de la Ley y proporciona, además, la solución más lógica para resolver registralmente la cuestión de la apertura de folio independiente al aprovechamiento apropiable cuando no exista finca concreta de destino en el momento en que se formaliza la transferencia.

IV. CONCLUSION

Con todo lo expuesto, como decíamos al comienzo no se agotan los problemas. La Ley ha montado un nuevo régimen de equidistribución de beneficios y cargas del planeamiento, fuera de los sistemas clásicos, complejo en su concepción y en su instrumentación y, probablemente, necesitado de un tiempo de asimilación social, lo mismo que ocurrió con otras instituciones urbanísticas que ya nos parecían familiares.

Sin embargo, permite al jurista la adopción de nuevos criterios y le abre la imaginación a soluciones capaces de resolver cuestiones cuya regulación era demasiado rígida y que son necesarias para la aplicación de los principios de justicia distributiva y de colaboración entre la Administración y los particulares en la creación y conservación del núcleo de población.

Este es el criterio que se echa en falta en el trabajo que se comenta. Es natural que el legislador aproveche en sus nuevas soluciones al Registro de la Propiedad como institución del Estado llamada de forma natural a proteger y asegurar el tráfico inmobiliario, sobre todo cuando sus principios instauradores permiten su adaptación constante a las nuevas realidades.

Por ello, mantener una posición contraria es conceptualmente equivocado, sobre todo si se parte de posiciones no adaptadas al signo de los tiempos y de interpretaciones parciales y contradictorias con la evolución social y la realidad legislativa.

RAFAEL ARNÁIZ EGUREN
Registrador de la Propiedad