

El contrato y el aprovechamiento urbanístico

LUIS MIGUEL LÓPEZ FERNÁNDEZ

Profesor Titular de Derecho Civil
Universidad Autónoma de Madrid

RESUMEN

El presente trabajo intenta sistematizar las distintas formas en que la edificabilidad o el aprovechamiento pueden incidir en la contratación inmobiliaria, prestando especial atención a los supuestos en que las fincas objeto de esos negocios jurídicos están sometidas a un proceso urbanístico, en los cuales resulta difícil determinar si el objeto del contrato es la finca existente al comenzar dicho proceso, las fincas resultantes del mismo y que sustituyen a las originarias con aplicación del principio de subrogación real, o el mero aprovechamiento atribuido al propietario como consecuencia de esa actuación. Por último se intentan diferenciar los supuestos más relacionados con el derecho de contratos, de aquellos otros en los cuales el legislador prevé técnicas de distribución de la edificabilidad, o más bien del aprovechamiento urbanístico, como mecanismo para procurar la equidad en el cumplimiento de los deberes impuestos a los propietarios de suelo urbano.

PALABRAS CLAVES

Obligaciones y contratos, el objeto del contrato, contratación sobre fincas sometidas a actuaciones de transformación urbanística, la ejecución del planeamiento urbanístico en el suelo urbano, el aprovechamiento urbanístico.

SUMARIO: 1. *Introducción.*–2. *El aprovechamiento urbanístico como equivalente a la edificabilidad permitida sobre una finca concreta:* 2.1 *Supuestos más frecuentes.* 2.2 *Constitución de comunidad de bienes con distribución de edificabilidades entre los comuneros.* 2.3 *La venta de fincas afectadas por un proceso de reparcelación en curso.* 2.3.1 *Venta de cuota pro indiviso de una finca en proceso de*

reparcelación. 2.3.2 Venta de la finca futura resultante del proyecto. 2.3.3 El extraño caso de la STS de 24 de noviembre de 2000 (Sala de lo Contencioso-administrativo). 2.4 ¿Puede ser la edificabilidad objeto de transferencia autónoma? 2.5 Reflejo registral de las operaciones relatadas.-3. *Las transferencias de aprovechamientos urbanísticos como mecanismo para la obtención de terrenos dotacionales en suelo urbano*: 3.1 Finalidad perseguida con estas operaciones. 3.2 Diferencias entre estas transferencias de aprovechamiento urbanístico subjetivo y las transmisiones de edificabilidad del epígrafe 2.4. 3.3 Actualidad normativa de las transferencias de aprovechamiento subjetivo. 3.3.1 Presupuestos jurídicos de estas transferencias. 3.3.2 La Ley Estatal 6/1998. 3.3.3 Aspectos documentales y registrales de las transferencias de aprovechamiento subjetivo. 3.3.4 Funcionamiento de estas transferencias en la práctica. 3.3.5 Dudas planteadas por la naturaleza jurídica de estas transferencias.

1. INTRODUCCIÓN

Tiene bastante difusión la idea de que el aprovechamiento urbanístico es un «derecho real sobre bienes inmuebles», defendida por prestigiosos autores procedentes del sector hipotecario y con los cuales venimos discrepando. Por nuestra parte consideramos que el único denominador común de los diversos significados que a menudo se albergan bajo el concepto de «aprovechamiento urbanístico», consiste en entender el término como simple unidad convencional para medir la utilidad edificatoria de las fincas susceptibles de actuación urbanística, asimilándose en este sentido a otras unidades de medida que como el litro, metro o gramo, nada nos indican sobre la naturaleza del objeto medido o pesado, y por tanto nada pueden indicarnos sobre la adscripción del aprovechamiento urbanístico a alguna de las grandes categorías en que se diversifica el derecho subjetivo (derechos reales y derechos obligacionales o de crédito), y, mucho menos, acerca de su relación con los contratos que incluyen alguna referencia al mencionado aprovechamiento. Por no reiterar argumentos desarrollados en otros lugares¹, nos limitaremos a destacar algunas de las realidades que suelen agruparse bajo tan imprecisa denominación.

¹ Básicamente en nuestros trabajos «Algunos aspectos de las Normas Complementarias al Reglamento Hipotecario sobre la inscripción de actos de naturaleza urbanística», *Anuario de Derecho Civil*, 1997, pp. 1301-1364; «La incidencia de la Ley 6/1998 en el Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio», *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente*, 1998, pp. 443 y 487, y «Nota Bibliográfica del libro de LASO MARTINEZ y LASO BAEZA «El aprovechamiento urbanístico», *Anuario de Derecho Civil*, 1995, pp. 1820-1826.

1. EL APROVECHAMIENTO URBANÍSTICO COMO EQUIVALENTE A LA EDIFICABILIDAD PERMITIDA SOBRE UNA FINCA CONCRETA

2.1 Supuestos más frecuentes

La confusión de conceptos se produce, en este grupo de casos, porque en la legislación urbanística la edificabilidad también suele denominarse «aprovechamiento urbanístico objetivo», «aprovechamiento real», o «aprovechamiento materializable» (sobre todo en normas autonómicas que prevén las TAUS o transferencias de aprovechamientos como mecanismo de obtención de terrenos destinados a instalar dotaciones locales en suelo urbano). En tanto esa edificabilidad se atribuya en su totalidad a la finca y al propietario de la misma, como sucede en suelo urbano consolidado, de acuerdo con el esquema de la Ley Estatal 6/1998 y según la interpretación que la STC 164/2001 hizo de esta norma, nos encontramos ante el caso en el cual mayor proximidad puede apreciarse entre el «aprovechamiento urbanístico» y la categoría civil del «derecho real sobre bienes inmuebles», sólo que no estaríamos tampoco ante la identidad terminológica que algunos autores predicán, sino que esta edificabilidad expresaría la medida de la facultad edificatoria del dueño frente a la comunidad representada en la Administración². Ni siquiera en este caso el aprovechamiento es un derecho real sobre bienes inmuebles³.

Como esa facultad edificatoria está integrada normalmente en el derecho de propiedad, cuyo objeto es la finca, la transmisión a terceros de ese aprovechamiento se producirá mediante los mismos contratos que se orientan a la transmisión de la propia finca, considerada como cosa específica objeto del contrato, o bien a la constitución de derechos reales limitados que suponen enajenación total o parcial de la facultad edificatoria relativa a dicha finca considerada como cosa específica (como los derechos reales típicos de superficie o vuelo); si se transmitiera una cuota pro indiviso de la finca habría de entenderse enajenada la correspondiente «porción» de ese aprovechamiento, que, en todos estos casos, no gozará de posi-

² El análisis general de una cuestión tan determinante para el entendimiento integral del Derecho de Cosas como es el de la doble perspectiva de las relaciones jurídico-reales, según se opongan en relaciones *inter privatos* o frente a la Comunidad personificada por la Administración, ha sido efectuado en el imprescindible trabajo de CARRASCO PERERA *Relaciones civiles con contenido urbanístico*, Pamplona, 1999.

³ Esta noción de «aprovechamiento urbanístico» es la que se corresponde más estrictamente con el volumen de edificabilidad, estudiado por TORRES LANA en su obra *La configuración jurídica del volumen de edificabilidad*, Pamplona, 1975.

ción autónoma alguna como objeto de contrato. Y, por supuesto, si quien enajena es la Administración, habrá de cumplir con las reglas sobre disposición de sus bienes inmuebles patrimoniales, no porque esté transmitiendo el aprovechamiento urbanístico, siendo éste un derecho real inmobiliario, sino porque está transmitiendo o gravando la finca.

Todo ello se entiende sin perjuicio de que el «aprovechamiento urbanístico» de la finca en cuestión haya sido tomado en consideración por los contratantes, explícita o implícitamente, como elemento determinante de su decisión, y que la divergencia entre el aprovechamiento previsto y el realmente atribuido a la finca pueda tener los correspondientes efectos en relación con el contrato. Si la toma en consideración de esa potencialidad edificatoria ha sido considerada explícitamente, nos encontraríamos ante los contratos de venta de terrenos bajo condición suspensiva (o más infrecuentemente resolutoria), consistiendo esa condición en que el objeto del contrato tenga una efectiva edificabilidad o en que se obtenga la oportuna licencia para materializarla. En relación con estos contratos los mayores problemas jurídicos se relacionan con la posibilidad de «renunciar» a la condición y con el propio evento constitutivo de la misma, ante la indefinición o falta de claridad que suele caracterizar a estos contratos, normalmente formalizados en documento privado⁴. Si esa edificabilidad estaba implícitamente incorporada al contrato pero no se manifestó como condición expresa, el tratamiento del caso podrá abordarse desde la perspectiva de la falta de conformidad del objeto entregado con el previsto y de la imputabilidad de esa falta de conformidad a alguno de ellos en particular, para decidir si el contrato ha de cumplirse pese a la discordancia o si ha de entenderse ineficaz y, en este último caso, si alguno de los contratantes ha de indemnizar los daños causados al otro además de restituirle lo percibido en ejecución del mismo⁵. Tratándose de bienes inmuebles y no resultando directamente aplicables los textos internacionales orientados a unificar la venta internacional de mercaderías, el tratamiento de estas ventas de cosa específica carente de facultades que los contratantes incorporaron al contrato (la edificabilidad presupuesta), podrá canalizarse a través de las acciones contempladas en el Código Civil para el tratamiento del error o del incumplimiento contractual, apareciendo el eterno

⁴ En relación con estos aspectos puede consultarse nuestro trabajo *La condición suspensiva en los contratos*, Madrid, 2000, con abundantes citas jurisprudenciales.

⁵ Sobre la confluencia entre el error y el incumplimiento bajo la figura unitaria de la falta de conformidad, asumida en UNIDROIT, CISG, etc., y la ausencia de diferencias aunque el objeto de la venta sea genérico, una vez que ese objeto se define desde el contrato, puede consultarse FENOY PICÓN: *El sistema de protección del comprador*, Madrid, 2006.

problema acerca de si el error resulta aplicable a la venta de una cosa específica (y por tanto si el objeto del contrato es el real o el ideal que se definió en dicho contrato), y, en caso afirmativo, si resultan compatibles las acciones derivadas del error y del incumplimiento (como parece deducirse del art. 4:119 PECL), siempre sin olvidar que estamos ante bienes inmuebles y que, normalmente, la negociación relativa a fincas edificables o en proceso de urbanización no se realiza con sujetos que reúnan la condición de consumidores o usuarios⁶.

2.2 Constitución de comunidad de bienes con distribución de edificabilidades entre los comuneros

Esta modalidad de distribución, entre varios propietarios, de la edificabilidad concreta y posible sobre una finca determinada, se utilizó en el supuesto analizado en la resolución de la DGRN de 18 de abril de 1988: se trataba de dos copropietarios de una finca determinada que acuerdan construir un determinado edificio de dos plantas, acometiendo cada uno la obra relativa a una de esas plantas y haciendo suyas las respectivas viviendas resultantes⁷: la Dirección General, contra el criterio del Registrador, admitió la inscripción de los acuerdos y la obra futura en el folio de la finca, sin indicarnos si esos acuerdos sobre las características de la futura edificación serían oponibles a los eventuales subadquirentes de alguna de las cuotas, en caso de que alguno de los comuneros pro-

⁶ Sobre este capítulo de los PECL, ver MORALES MORENO: «Validez del contrato», en *Derecho Privado Europeo*, coordinado por Cámara Lapuente, 2003, pp. 371-397. Sobre la compatibilidad en nuestro derecho vigente, el propio MORALES MORENO en «Adaptación del Código Civil al Derecho Europeo: La compraventa», *ADC*, 2003, pp. 1609-1651 y FENYO PICÓN: *ob. cit.*, especialmente pp. 249-253.

⁷ En escritura pública, los dos copropietarios de una finca acuerdan construir sobre ella un edificio de dos plantas de manera que cada uno construirá individualmente la respectiva vivienda, cuya propiedad desde un principio pertenece al respectivo constructor, costeando entre ambos los elementos comunes. El Registrador deniega la inscripción por entender que figurando inscrito el suelo por mitad y pro indiviso, el edificio y los pisos resultantes deberán figurar inscritos de igual forma, cabiendo luego la inscripción de la adjudicación de cada piso previa extinción de la comunidad existente.

Pero la DGRN considera que «nada se opone, tampoco, aun antes de iniciarse la construcción, a la inscripción de los acuerdos, tan convenientes para asegurar, frente a terceros, el interés de cada uno de los comuneros en el concreto local o vivienda futura a él asignado y cuya construcción le va a imponer gastos tan importantes. La inscripción se practicará entonces en el folio de la finca común en cuanto acuerdo modificativo de la comunidad (art. 2.2 de la LH)».

En definitiva, aun cuando no pueda hacerse constar la existencia de una propiedad separada sobre cada local o apartamento, al no estar al menos comenzada la edificación, la resolución afirma que «desde que se produzca el acuerdo sobre la construcción y el destino de cada vivienda o local procede la inscripción y los pisos proyectados pueden constar como términos de referencia de los derechos que «sobre la finca» tienen los titulares registrales, como para hipótesis análogas prevé la misma Ley (arts. 21.1 LPH y 8.4 LH)».

cediera a transmitir la suya, si ese hipotético contrato traslativo de la cuota, producido tras los acuerdos sobre la edificación, sería inscribible pero inoponible al otro comunero, que podría ignorarlo y obligar al transmitente a edificar su planta de acuerdo con el pacto inscrito, o si los reiterados pactos sobre la edificación de la finca entre los comuneros cerrarían el Registro a transmisiones posteriores de las respectivas cuotas, hasta que el edificio se hubiera terminado según lo pactado⁸. Desde esta perspectiva de transmitir cuotas pro indiviso sobre una finca que se refieren al derecho a edificar parcialmente la misma de una determinada manera, así como de los problemas que plantea, podemos mencionar el supuesto que fue objeto de la curiosa RDGRN de 28 de octubre de 1988, en la cual se admitió la inscripción de la venta de cuotas pro indiviso del derecho a edificar y utilizar una instalación subterránea; el Registrador de la Propiedad aplicó los principios de cierre registral y tracto sucesivo para rechazar la inscripción, en tanto no constaba en el Registro la realización de la instalación subterránea, pero la Dirección General admitió el recurso planteado contra esa calificación, sin aclararnos la posición de los comuneros entre sí, frente al titular del derecho que se lo transmitió por cuotas, y frente a ulteriores transmisiones de tan peculiares cuotas, todo ello con grave lesión del principio de especialidad⁹.

⁸ En cualquier caso la Dirección General debería haber considerado que no es igual considerar los pactos sobre el uso estático de bienes como obligaciones *propter rem*, que atribuir la misma condición a los pactos sobre la construcción o modificación sustancial de esos mismos bienes: pero también es cierto que todas estas consideraciones son irrelevantes si se parte de la identificación del objeto de una obligación de hacer con el resultado de esa obligación, artificial y prematuramente cosificado desde la perspectiva registral.

⁹ Se había cedido una finca al Ayuntamiento de Palafrugell por una Sociedad Inmobiliaria, reservándose la cedente el derecho a construir en el subsuelo de la finca un garaje o almacén de unos 408 m²; posteriormente se van vendiendo cuotas pro indiviso de aquel derecho. En una de esas operaciones se otorgó una confusa escritura de compraventa que en alguna cláusula se refiere a las participaciones indivisas de una séptima parte del *derecho de uso transmisible y perpetuo sobre una zona de subsuelo de 408 m² aproximadamente para ser destinada a garaje o almacén de negocio, de la finca registral 7.454*, mientras que en otra parte del clausulado se define el derecho parcialmente transmitido como *el derecho a construir garaje o almacén en esos 408 m²*, estableciéndose en cualquier caso que esas participaciones darían derecho a la utilización exclusiva de dos determinadas porciones de subsuelo de la finca registral indicada, que se describen con indicación de linderos y superficie. Presentada esta última escritura en el Registro de la Propiedad, el Registrador denegó la inscripción porque el derecho del vendedor era a construir en el subsuelo mientras que lo transmitido es un derecho de uso referido a un espacio concreto de una instalación subterránea cuya construcción no consta en el Registro (no existía declaración de obra nueva), y otorgado sin el consentimiento de los demás comuneros para la asignación de ese espacio exclusivo a las cuotas compradas. La DGRN destaca la dualidad apreciada en la escritura sobre la definición del derecho transferido y declara como indudable que el conjunto de la escritura se refiere al derecho previamente inscrito, es decir el de construir, pero que aún así en la nueva inscripción no puede consignarse ninguna característica que se refiera al alcance de las facultades (?). Por nuestra parte creemos que el derecho de construir del vendedor incluía también el de usar lo construido, pero que en modo alguno se identifican ambos, habiendo de apurarse la diligencia en la definición del

2.3 La venta de fincas afectadas por un proceso de reparcelación en curso

Cuando un ámbito territorial de suelo urbanizable es objeto de una actuación urbanística, orientada a realizar las obras de urbanización y a reconfigurar la situación física y jurídica de las fincas con la finalidad de que resulten aptas para un uso urbano, la situación pasa por aprobar un plan parcial o instrumento equivalente en el cual se establezca la ordenación urbanística pormenorizada de cada una de las fincas resultantes de la actuación, y por tramitar el oportuno proyecto de equidistribución, para distribuir esas fincas resultantes y las cargas urbanísticas entre los propietarios de las fincas originarias. También resulta conocida la imposibilidad de dividir o segregar terrenos en proceso de reparcelación, desde la aprobación administrativa de la delimitación del ámbito de actuación hasta la de los citados proyectos de equidistribución. Esta situación de temporal indivisibilidad, a su vez, hace que la transmisión parcial de las fincas afectadas, denominadas originarias en tanto anteriores a la aprobación del proyecto de equidistribución y llamadas a ser sustituidas por las resultantes del mencionado documento, sólo pueda verificarse mediante instrumentos indirectos, como los siguientes:

– La enajenación parcial de las unidades de aprovechamiento urbanístico que, como medida de las fincas resultantes objeto de adjudicación futura, corresponden a los propietarios de las fincas originarias (es decir de una parte del «derecho en la reparcelación») ¹⁰.

alcance de las facultades otorgadas por los derechos reales limitados sometidos a inscripción, porque no sabemos si la construcción del local había sido terminada o si estaba aún por construir y, en este último caso, si la construcción había de realizarse por los compradores de la cuota junto con los restantes comuneros, según el esquema de promoción en régimen de comunidad de propietarios, o si sigue incumbiendo al vendedor de la cuota, que en realidad estaba transmitiendo las plazas futuras; obviamente la falta de constancia registral de tan fundamentales datos puede originar la aparición de adquirentes que, consultando el Registro de la Propiedad, desconocen el alcance del derecho adquirido y de las obligaciones contraídas junto con ese derecho.

¹⁰ Como es sabido, en las actuaciones urbanísticas se suma el aprovechamiento urbanístico total otorgado por el planeamiento urbanístico a las fincas edificables resultantes de la actuación y luego se divide la cifra obtenida entre la superficie total del ámbito; el resultado nos dice el número de unidades de aprovechamiento a que tiene derecho cada propietario de fincas originarias por cada metro cuadrado de su propiedad; basta entonces con multiplicar esta última cifra por la superficie de cada una de las fincas originarias, para conocer la cuantía del «derecho en la reparcelación» de cada uno de los respectivos propietarios; el proyecto de equidistribución habrá de satisfacer luego ese derecho en la reparcelación mediante la adjudicación de las fincas resultantes, de modo que la edificabilidad de las adjudicadas a cada propietario de fincas originarias sea igual al número de unidades de aprovechamiento que le corresponden, con indemnización a metálico de las diferencias imposibles de solventar. Por tanto podemos decir que esas unidades de aprovechamiento

- La transmisión de una cuota pro indiviso de la finca originaria.
- La venta de alguna de las fincas futuras resultantes de la aprobación definitiva del proyecto de equidistribución, que se adjudicarán en sustitución de la originaria.

El primer supuesto entre los citados (transmisión parcial del aprovechamiento) es un negocio cuyo objeto principal es la finca, parte de finca o pro indiviso, a cuya adjudicación tenía derecho el transmitente como titular de las unidades de aprovechamiento enajenadas: civilmente se trataría del derecho a la adjudicación de un inmueble futuro o en formación, determinado por la edificabilidad que le corresponde y por estar incluido en la unidad de actuación delimitada; por tanto de una cosa genérica, cuyo género está limitado pero que como tal no puede ser objeto de derecho real. Sin embargo la regulación reglamentaria, desarrollada en el Real Decreto 1093/1997, permite el reflejo registral independiente de esas unidades de aprovechamiento, otorgadas por la titularidad de una finca originaria, a las cuales se abre folio independiente, que se cancelará una vez adjudicada la finca de resultado ¹¹. Obviamente la norma reglamentaria no resuelve la posición del titular de ese folio independiente si la actuación urbanística se frustrara y no hubiera adjudicación de finca de resultado ¹², con lo cual la posi-

son la medida del objeto futuro y de género limitado (las parcelas resultantes de la actuación) que el titular de una finca originaria obtendrá como resultado del proceso.

¹¹ Concretamente, el artículo 39 del citado texto reglamentario prevé, junto a los supuestos de ocupación directa de fincas, de expropiación forzosa con justiprecio en especie y consistente en fincas futuras, y de los aprovechamientos que correspondan a la Administración en el sistema de gestión que analizaremos más adelante, que: «*El aprovechamiento urbanístico se inscribirá como finca especial disgregada del suelo y mediante apertura de folio independiente, en los siguientes casos: ... 4. En los sistemas de gestión privada en que la ejecución de la urbanización corresponde a los particulares, cuando una cuota de valor de las mismas se haga constar en unidades convencionales de aprovechamiento y se adjudiquen éstas a empresas urbanizadoras o se transmitan por cualquier título a tercero, antes de la aprobación definitiva del proyecto de equidistribución correspondiente.*» Aunque el precepto parece limitar su alcance a la actuación por el sistema de compensación, ya que habla de un «sistema de gestión privada en que la ejecución de la urbanización corresponde a los particulares», y aunque allí se trata de facilitar a la empresa urbanizadora que percibe su remuneración en terrenos la incorporación a la Junta de Compensación como un propietario más, la práctica demuestra que el mecanismo se ha ampliado más allá de la actuación por compensación, como claramente se observa en la narración de hechos contenida en la RDGRN de 11 de noviembre de 2002, resumida en la nota a pie de página siguiente y que se refería a una actuación por expropiación.

¹² Como podría haber sucedido en el caso analizado en la RDGRN de 11 de noviembre de 2002, aunque en ese caso la cancelación de los folios abiertos al aprovechamiento no prosperó, ante la falta de anotación preventiva de demanda y la ausencia de los titulares de esos folios en el procedimiento contencioso-administrativo que condujo a la anulación del planeamiento. Concretamente se trataba de un caso en el cual «Fuente Nueva, Sociedad Anónima», interpuso recurso contencioso-administrativo frente a la aprobación de la modificación del Plan General de Ordenación Urbana de San Sebastián de los Reyes en el ámbito de actuación del Sector Op-1, Dehesa Vieja. En ejecución del acto impugnado, por el sistema de expropiación forzosa, se habían producido determinadas inscripciones de derechos de aprovechamiento urbanístico a favor de la entidad beneficiaria. Al parecer

ción del adquirente en este caso es bastante precaria, salvo, claro está, si se pactara expresamente que, en tal supuesto, la situación derivaría en un pro indiviso sobre la finca de la cual proceden las unidades de aprovechamiento transmitidas. Contractualmente parece claro que el cumplimiento del enajenante no se produce con la inscripción registral de las unidades de aprovechamiento, sino con la efectiva adjudicación de las fincas de resultado correspondientes; la inexistencia de pacto sobre formación de pro indiviso en las fincas originarias u otras consecuencias previstas para el caso de frustración del interés del adquirente, habrá de suplirse con la aplicación de los remedios generales establecidos para el caso de falta de conformidad del objeto comprometido, sin que el hecho de que la cosa sea de género limitado afecte fundamentalmente a la solución del caso.

2.3.1 VENTA DE CUOTA PRO INDIVISO DE UNA FINCA EN PROCESO DE REPARCELACIÓN

Es una de las alternativas utilizables por el propietario de una finca originaria, afectada por un proceso de reparcelación, ante la imposibilidad de segregar o dividir para enajenar parcialmente la misma. El adquirente podrá inscribir su derecho en el Registro de la Propiedad, y, de este modo, personarse ante la administración actuante con la doble finalidad de ser tenido como titular en los

esos derechos de aprovechamiento inscritos habían sido transmitidos a terceros, que no habían sido parte en el procedimiento de impugnación del planeamiento y sin que constara la práctica de la oportuna anotación preventiva de demanda, prevista en el artículo 307.6 del Texto Refundido de la Ley del Suelo de 1992 y desarrollada en el artículo 67 del Real Decreto 1093/1997. El Tribunal Superior de Justicia de Madrid estimó el recurso contencioso-administrativo, en sentencia que devino firme, y la recurrente acompañaba certificación de la sentencia, con expresión de su firmeza, y fotocopia de certificación registral relativa a la inscripción de los derechos de aprovechamiento inscritos a favor de terceros, solicitando su cancelación sin mandamiento del tribunal y sin haber solicitado la ejecución de la sentencia. El Registrador de la Propiedad denegó las cancelaciones solicitadas alegando dos obstáculos: que según el artículo 117.3 de la Constitución Española resulta inquestionable que la potestad de hacer ejecutar las Sentencias y demás resoluciones judiciales corresponde en exclusiva a los Juzgados y Tribunales, siendo necesario mandamiento judicial para proceder a lo solicitado, y que el principio de seguridad jurídica consagrado por el artículo 24 de la Constitución Española ha de ser garantizado por los Registradores en orden al contenido y conservación de los asientos registrales, sobre todo en aquellos supuestos en que no reflejando el Registro medida cautelar alguna, se pretende la cancelación en perjuicio de terceros. La Dirección General mantuvo la decisión del Registrador, desestimando el recurso planteado contra su decisión y confirmando los dos obstáculos opuestos a la inscripción, con el argumento fundamental de que *Los asientos del Registro están bajo la salvaguardia de los Tribunales, por lo que ninguna alteración de los mismos puede hacerse sin la intervención de los mismos, en los términos establecidos por la Ley. Además... proceder a la cancelación perjudicaría los derechos de terceros adquirentes de derechos inscritos que no han tomado parte en el procedimiento, por lo que a la cancelación solicitada se oponen también los artículos 24 del texto constitucional y su corolario registral, constituido por el principio de tracto sucesivo (cfr. art. 20 de la LH).*

sucesivos trámites y conseguir que la adjudicación de la finca o fincas resultantes de la actuación, que sustituya a la cuota pro indiviso ostentada sobre la finca originaria, se haga directamente a su favor, sin que esta adjudicación pueda bloquear la inscripción del proyecto de equidistribución por aplicación del principio de tracto sucesivo y de lo dispuesto en el artículo 99 RH y 14 del Real Decreto 1093/1997. Los problemas planteados por esta alternativa son, en cambio, los siguientes:

a) La posibilidad de que el comunero pueda pedir la división de la finca originaria común, como destaca el artículo 400 CC, o utilice esa posibilidad como mecanismo de coerción para impulsar al otro u otros comuneros a que le transmitan sus cuotas. Este inconveniente puede obviarse temporalmente mediante el pacto de indivisión, previsto en el propio artículo citado y cuyo plazo máximo de validez habría de bastar, normalmente, para que se apruebe el proyecto de equidistribución que adjudica las fincas de resultado, extinguiendo el pro indiviso según lo previsto.

b) El derecho de retracto, establecido por el artículo 1522 CC para el caso de que un comunero enajene su cuota y a favor de los demás: difícilmente se entenderá válido un pacto de renuncia a tal derecho, considerado como norma imperativa en el régimen de la comunidad de bienes, por mucho que podamos considerarlo como mera restricción de la facultad dispositiva cuyo régimen legal difícil, además, gravemente su eficacia, ya que, como sabemos, el artículo 1524 CC lo limita a nueve días desde la inscripción en el Registro de la venta¹³; el problema planteado por este derecho de retracto puede ser grande para un copropietario que proyecte escri-

¹³ Sobre la brevedad del plazo de ejercicio el Tribunal Constitucional se ha pronunciado, como ya sabemos, afirmando que no afecta a la tutela judicial efectiva (STC 54/1994 de 24 de febrero, RTC 1994/54). La sentencia recayó a consecuencia de una cuestión de inconstitucionalidad que, a su vez, vino motivada por demanda formulada ante un Juzgado de Primera Instancia y encaminada a retraer la mitad indivisa de una finca; la mencionada finca pertenecía a dos copropietarios y se encontraba arrendada; uno de los propietarios vendió su mitad al arrendatario, sin comunicárselo previamente al otro copropietario y sin que éste hubiese tenido noticia de la venta hasta que ya había transcurrido el plazo de nueve días desde la inscripción de la venta en el Registro de la Propiedad. Pese a la extinción del plazo el copropietario presentó demanda ante el Juzgado solicitando el retracto y señalando que la previsión legal establecida por el artículo 1524 CC para el ejercicio del derecho de retracto debía entenderse derogada por el artículo 14 CE, por ser el trato dispensado al copropietario discriminatorio respecto del otorgado al arrendatario o al propietario en las leyes de arrendamiento rústicos y urbanos. Apelada la sentencia desestimatoria del Juzgado de Primera Instancia, la Audiencia Provincial planteó cuestión de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional, por entender que el reiterado artículo 1524 CC podía ser, en lo relativo al plazo de caducidad del retracto, contrario al derecho constitucionalmente consagrado a obtener la tutela efectiva de los Jueces y Tribunales en el ejercicio de los derechos e intereses legítimos, ya que solamente mediante consultas semanales del Registro de la Propiedad, lo que no es posible exigir a los ciudadanos, podría lograrse el efectivo ejercicio del derecho, habiendo declarado el Tribunal Constitucional que las leyes no pueden configurar el derecho de forma que obstaculicen el acceso a los Tribunales con requisitos infundados.

turar la venta de su cuota por un precio inferior al realmente percibido, puesto que, si bien la Jurisprudencia de la Sala 1.^a ha reiterado que el retracto ha de ejercitarse por el precio realmente pagado, las dificultades para probar ese precio real, en contra del constante en la escritura, podrían resultar insalvables¹⁴.

c) Salvo acuerdo expreso entre los contratantes, o disposición expresa de la normativa autonómica, el pro indiviso constituido sobre la finca originaria habrá de trasladarse a la finca o fincas adjudicadas en sustitución de ella, pues de acuerdo con el principio de subrogación real de las antiguas por las nuevas parcelas resulta más que dudoso que el proyecto de equidistribución sea instrumento adecuado para dividir pro indivisos¹⁵. Por tanto ese acuerdo expreso de extinción de la comunidad a través del proyecto de equidistribución habrá de plasmarse en la escritura de transmisión de la cuota, junto con el pacto orientado a impedir que la división de la comunidad constituida se produzca por cualquier otro medio durante el plazo máximo permitido por el Código Civil; incluso podrá verificarse haciendo constar la finca o fincas de resultado concretas que se adjudicarán a cada comunero en pago de su respectiva cuota, y que ya serán conocidas si el proyecto ha sido inicialmente aprobado por la administración actuante, cabiendo la solicitud de que esos pactos sobre adjudicación de fincas futuras concretas y resultantes de la equidistribución se hagan constar en el folio de la finca originaria, por analogía con el

El Tribunal Constitucional, no obstante, desestimó la cuestión de inconstitucionalidad, afirmando, en los fundamentos jurídicos 2 y 3 de su sentencia que el plazo de ejercicio del derecho contemplado en el artículo 1524 CC es un plazo sustantivo y no procesal, por lo que no tiene relación alguna con el derecho a la tutela judicial efectiva entendido como derecho al proceso, y que tampoco vulnera el principio de igualdad porque contiene el régimen general, frente al cual el relativo al retracto de arrendatarios y coherederos contiene especialidades plenamente justificadas y que no pueden ser tachadas de discriminatorias. Concluye el Alto Tribunal diciendo que: «*En consecuencia, el legislador ha establecido un régimen que, al margen de cualquier juicio de oportunidad, no puede ser tachado de inconstitucional, puesto que se desenvuelve dentro del marco de libertad que el legislador tiene para crear y regular el derecho de retracto, sin que los inconvenientes, o incluso la pérdida de efectividad del derecho que pueda producirse en algunos supuestos, conlleven vulneración de ninguno de los preceptos constitucionales invocados, ni, por ello, elevarse a causa determinante de la inconstitucionalidad de la norma*».

¹⁴ La necesidad de abonar el precio efectivamente satisfecho por el retraído, cuando se prueba ser diferente del escriturado, ha sido afirmada, entre otras, por las SSTs (Sala 1.^a) de 8 de junio de 1977, RJ 1977/2872, y 4 de diciembre de 1991, RJ 1991/8914.

¹⁵ Concretamente la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana de 4 de marzo de 2003 (Sala de lo Contencioso-Administrativo), afirma, contra la impugnación de la decisión administrativa consistente en rechazar la solicitud de todos los interesados para que se les adjudicaran fincas independientes en pago de sus cuotas pro indiviso y del usufructo de cuota correspondiente a uno de ellos, que la adjudicación en pro indiviso se había consentido y ganado firmeza (quedando, por tanto, fuera del análisis de la Sentencia), y que la conversión del usufructo en nuda propiedad precisaba de un documento civil, plasmado en documento público, para su incorporación al Proyecto de Reparcelación.

caso resuelto por la resolución de la DGRN de 18 de abril 88, citada anteriormente, y por poco que nos guste ese proceso de solapamiento entre presente y futuro que se viene apreciando en los folios registrales. Obviamente, estos acuerdos habrán de formalizarse en escritura pública, no bastando el acta administrativa al tratarse de actuaciones entre particulares, y será conveniente que prevean la solución a adoptar si la adjudicación de fincas de resultado, finalmente aprobada, se apartara de la inicialmente proyectada.

2.3.2 VENTA DE LA FINCA FUTURA RESULTANTE DEL PROYECTO

Si en el apartado anterior lo vendido era una cuota pro indiviso de la finca originaria, pudiendo contemplarse adicionalmente en el contrato la concreta finca futura que se adjudicará el comunero, en pago de la participación adquirida y como salida de la situación de comunidad, ahora se trata de la exclusiva, directa y principal enajenación de alguna de las fincas de resultado, y por tanto futuras, que, según el proyecto aún en tramitación o simplemente redactado, se adjudicarán al vendedor en sustitución de su finca originaria. La diferencia fundamental es que en este caso no existe transmisión de ningún inmueble actualmente existente y, por tanto, parecería que la adquisición no puede ser objeto de inscripción registral; como consecuencia el comprador no habría de ser tenido como propietario durante los trámites pendientes hasta la aprobación definitiva del proyecto, ni podría ser adjudicatario directo de la finca de resultado adquirida, porque de otro modo se vulneraría por la Administración el principio registral de tracto sucesivo y los artículos 99 RH y 14 del Real Decreto 1093/1997¹⁶.

Sin embargo hemos utilizado el condicional porque esta materia resulta discutible por todos sus contornos, habiéndose superpuesto en la Doctrina de la DGRN la situación de comunidad con la venta de fincas futuras. Concretamente, nuestro caso se parece mucho a la permuta de pisos futuros por obra, o a la venta directa de pisos futuros por el promotor, y, en tales casos, la Dirección General de los Registros y del Notariado ha elaborado una curiosa doctrina orientada a considerar el derecho sobre el piso futuro como un «verdadero y actual derecho real». Ciertamente que esta doctrina pasó a la redacción dada al artículo 13 RH, como consecuencia de la reforma operada en dicho texto por el Real Decreto 1867/1998, de 29 de diciembre, aunque limitada a la permuta de

¹⁶ Y no podría acudir a la inscripción del derecho del adquirente bajo condición suspensiva, al amparo del artículo 9.2.º de la LH, porque no existe aún la finca futura, y por tanto no puede existir un folio donde inscribir la propiedad bajo condición suspensiva.

solar por obra, y que posteriormente la ilegalidad de la relatada reforma reglamentaria fue declarada por la Sentencia de la Sala 3.^a del TS de 24 de febrero de 2000¹⁷; pero sinceramente ignoramos si la DGRN se dará por aludida, asumiendo el pronunciamiento judicial que indirectamente también está considerando ilegal la doctrina que se plasmó en el artículo 13 del RH, o si seguirá admitiendo la inscripción de pisos inexistentes, aun sin el apoyo del citado precepto y como lo venía haciendo antes de su promulgación.

En cuanto a la doctrina en concreto, que de mantenerse nos parece perfectamente aplicable a la constancia registral de la venta de finca resultante de un proceso de equidistribución, ha de decirse que la misma se puso de manifiesto en la RDGRN de 29 de mayo de 1996¹⁸, que consideró, contra el criterio del Registrador, que el derecho sobre el piso futuro es un verdadero y actual derecho real que se adquiere por título y modo, siendo idónea para ello la escritura pública¹⁹; la falta de los requisitos establecidos por el artículo 8 de la LH sólo la estima aplicable a la apertura de folio independiente, pero no a la inscripción del piso futuro en el folio de la finca matriz.

¹⁷ En su momento nos unimos a las voces críticas con semejante regulación reglamentaria en las páginas de «Información Legislativa» que compartimos con ELIZALDE Y AYMERICH y fueron publicadas en el *Anuario de Derecho Civil*, Tomo LI, fascículo IV, octubre-diciembre de 1998, disposición número 12, pp. 1943-1951.

¹⁸ Mediante escritura pública se pacta la permuta de una finca por la de cinco pisos en el edificio que el promotor se compromete a construir. El Registrador rechaza la inscripción del derecho del permutante a los cinco pisos por estimar que no pudo existir la entrega que nuestro Código Civil exige para la transmisión del dominio y demás derechos reales, al no existir los pisos.

La DGRN estima que «El derecho que se adquiere por quien compra un piso o local en un edificio a construir tiene, pues, el carácter de un verdadero y actual derecho real, y nada obsta a su adquisición si éste se otorga en escritura pública (cfr. arts. 609 y 1462 CC)».

En cuanto a las posibilidades de que ese derecho del adquirente de pisos en construcción acceda al Registro de la Propiedad en virtud de uno de los contratos traslativos del dominio la propia resolución señala que «si el párrafo 5.º del artículo 8 de la LH impide la apertura de folio registral independiente en tanto no se haya inscrito el régimen de propiedad horizontal sobre todo el edificio (lo que a su vez queda supeditado al comienzo de la construcción), nada obsta a su inscripción inmediata en el folio abierto a la finca aunque todavía figure registralmente como solar... una vez iniciada la construcción e inscrito el régimen de propiedad horizontal sobre el todo, esa inscripción del piso o local a construir en el folio abierto al solar determinará que la primera inscripción del elemento privativo cuya descripción coincida íntegramente con el piso o local ha de practicarse directamente a favor del adquirente respectivo».

¹⁹ Esta doctrina además ha tenido manifestaciones diversas en la Jurisprudencia de la Sala 1.^a del Tribunal Supremo: a veces para conceder a los compradores de pisos en construcción la tercería de dominio, ante la falta de un privilegio legal para su derecho y en caso de embargo dirigido contra el promotor (como sucedió en la SSTS de 10 de mayo de 1994 y 14 de noviembre de 1997), otras para declarar la ineficacia del título constitutivo otorgado por el promotor negando su condición de propietario único (SSTS de 2 de junio de 1970, 29 de abril de 1970 y 16 de abril de 1979, matizadas por las de 10 de noviembre de 1981 y 19 de octubre de 1982).

Obviamente en nuestro caso, consistente en venta de finca resultante de un proceso de equidistribución, la inscripción de la finca futura transmitida al comprador se haría constar en el folio de la finca matriz, habiendo de establecerse los pactos imprescindibles para regular los efectos de esa transmisión en el caso de que la reparcelación se produjera con modificaciones (cláusulas sobre otorgamiento de mayor o menor edificabilidad, etc.), y, especialmente, para el caso de que la actuación urbanística se frustrara (especialmente si esa situación daría lugar a un pro indiviso sobre la finca originaria, con lo cual este supuesto se asimilaría en la práctica a la venta de cuota con previsión de la finca a adjudicar, antes analizada, o si no tendría este efecto).

El problema consiste en que, muy a menudo, la expresión contractual de los fines perseguidos por los contratantes dista de ser clara, lo cual, unido al escaso rigor manifestado en algunas soluciones jurisprudenciales, se puso crudamente de manifiesto en el extraño caso objeto de la STS (Sala de lo Contencioso-administrativo) de 24 de noviembre de 2000, cuyas implicaciones de Derecho Privado nos parecen absolutamente evidentes (de hecho, el caso probablemente acabará replanteándose ante la Jurisdicción Civil).

2.3.3 EL EXTRAÑO CASO DE LA STS DE 24 DE NOVIEMBRE DE 2000 (SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO)

La propiedad de dos fincas originarias, afectadas por un proyecto de reparcelación en trámite y cuyas superficies eran de 7.792 m² y 1.247 m², vendió, en documento privado, dos fincas relacionadas confusamente con las anteriores y cuyas superficies eran de 214 m² y 511 m² (durante la tramitación la propietaria falleció y le sustituyó su hijo, sin que este dato sea relevante). La administración adjudicó a la vendedora, en virtud del proyecto finalmente aprobado y en sustitución de las dos fincas originarias de 7.792 y 1.247 m², cuatro fincas resultantes de 760 m², 3.245 m², 214 m² y 511 m², correspondiéndose la descripción de las dos últimas con las fincas vendidas en documento privado. La parte vendedora impugnó entonces el proyecto, por entender que se había vulnerado el principio de distribución equitativa de beneficios y cargas, dado que las obligaciones de ceder a la Administración actuante terrenos dotacionales y terrenos edificables en concepto de participación de la comunidad en las plusvalías urbanísticas, se habían hecho efectivas exclusivamente sobre las fincas no vendidas, adjudicándose las ventas libres de toda merma por los mencionados conceptos.

Obviamente la correcta resolución del caso exige definirse acerca de una cuestión fundamental: si el objeto de la venta formalizada en documento privado fueron porciones de la finca originaria, que no podían segregarse por encontrarse en proceso de reparcelación, o si se trataba de fincas futuras, adjudicadas en sustitución de las originarias y en cuyo precio ya se había considerado que se trataba de fincas libres de la carga consistente en ceder terrenos a la Administración (carga que se haría efectiva sobre las fincas que conservaba el vendedor); aunque la propia definición de las fincas vendidas parece apuntar claramente hacia esta última alternativa, la Sentencia ni siquiera analiza la cuestión, aunque la resuelve implícitamente al dar por supuesto que se trataba de porciones de la finca originaria, sin adentrarse en la eventual nulidad del acto material de segregación que tal venta podía suponer y decretando la nulidad parcial de la reparcelación, con la consiguiente condena a la administración a abonar en metálico al recurrente el importe de las cargas correspondientes a las fincas vendidas y que había sido hecho efectivo sobre las que no lo fueron (afirmando además la necesidad de considerar como propietarios a quienes así lo acrediten mediante simple documento privado y contra los asientos registrales, con invocación de la teoría del título y el modo como medio idóneo para transmitir la propiedad en nuestro Derecho).

Por supuesto la Sala de lo Contencioso podría haber realizado expresamente una interpretación del contrato privado de venta que le permitiera llegar a la solución adoptada, aunque fuera a efectos meramente prejudiciales y salvando el derecho de las partes para acudir a los tribunales civiles, que es lo que acabará ocurriendo si la administración intenta repetir del comprador lo que ha sido condenada a pagar al vendedor; pero lo chocante es que la Sala realizara esa interpretación de modo implícito, afirmando además que basta el contrato privado para que la administración haya de tener como propietarios a los compradores y realizar a favor de éstos la adjudicación de las fincas de resultado que sustituyan a las adquiridas ²⁰.

²⁰ En cuanto a esta última afirmación, y si la administración hubiera actuado como indica la Sala, está claro que el proyecto no se habría inscrito, por no adjudicarse las referidas fincas de resultado al que era titular de las fincas originarias en el momento de expedirse la certificación de dominio y cargas sobre las parcelas afectadas por la reparcelación, y practicarse la nota marginal prevista en el artículo 5 del Real Decreto 1093/1997, ni tampoco adjudicarse a quien es titular de esas fincas originarias en el momento de postularse la inscripción del proyecto aprobado (como disponen los arts. 13 a 16 del RD 1093/1997); eso por no mencionar la imposibilidad de resolver el problema si el vendedor hubiera transmitido dos veces y el segundo adquirente sí que hubiera inscrito. Para evitar la colisión entre la doctrina de esta Sentencia y la regulación de la inscripción registral del proyecto de equidistribución, sólo cabría que la administración adjudicara al vendedor todas las fincas de resultado, pero con distribución entre las vendidas en documento privado de las cargas correspondientes: es decir,

Obviamente, si la interpretación del contrato permite deducir que se habían vendido fincas futuras libres de deberes de cesión, la repercusión de esos deberes sobre los adquirentes supondrá un incumplimiento de contrato, imputable al vendedor que impugnó la reparcelación, pudiendo plantearse ese incumplimiento ante la Jurisdicción Civil. Se tratará de un supuesto en el cual el objeto no quedó libre de derechos procedentes de terceros por causa imputable al vendedor: los derechos de que hablamos son los que incumben a la Administración para exigir la cesión de terrenos derivada del planeamiento, y la ausencia de libertad se debe a la actuación del vendedor, que no aceptó la repercusión de ese derecho en sus propias fincas.

2.4 ¿Puede ser la edificabilidad objeto de transferencia autónoma?

En todos los casos antes explicitados el aprovechamiento era objeto de contrato de forma meramente accesoria en relación con la transmisión de fincas edificables, presentes o futuras, o bien de la constitución de derechos reales o pro indivisos sobre las fincas en virtud de cuya propiedad se atribuye ese aprovechamiento; por el contrario, la transmisión de la edificabilidad, entendida como aprovechamiento concreto y efectivamente materializable sobre una finca determinada, y que se verifique sin transmitir al propio tiempo un derecho sobre la mencionada finca que autorice al adquirente a realizar la utilidad en que esa edificabilidad consiste, parece un absurdo lógico y jurídico. Sin embargo aún existe una posibilidad residual, cuando nos encontramos ante planeamientos dotados de cierta «elasticidad», cuya definición acerca del modo de situar las edificabilidades sobre las respectivas fincas resulta compatible con construir edificios que superen o no alcancen la edificabilidad que les corresponde. Así un propietario podría ceder a otro u otros determinadas cantidades de edificabilidad, sin alterar las alturas máximas, líneas de edificabilidad y fondo, coeficiente de ocupación de suelo y restantes magnitudes, mediante una ordenación global de los volúmenes edificables; no se precisará transmitir junto con la edificabilidad un derecho que permita su edificación al adquirente, porque dicha actividad se realizará en la parcela de este último y al amparo del derecho a edificarla que

con merma de superficie por cesión de terrenos dotacionales y aprovechamiento lucrativo a la administración actuante. Eso, o que el comprador inscriba en el Registro la adquisición de un número de unidades de aprovechamiento correspondientes a la finca originaria, un pro indiviso sobre la misma, o bien una o varias fincas futuras resultantes del proyecto (si se admite la inscripción en el folio de la finca originaria, por analogía con el piso futuro y de acuerdo con lo expresado en el epígrafe anterior).

ya le asistía, frente a los demás ciudadanos, como propietario. Otra cosa es destacar que estas operaciones muy posiblemente requerirán la redacción complementaria de un estudio de detalle y, en todo caso, la autorización por parte de la Administración competente para su plena eficacia, habiendo de entenderse condicionados a la efectiva producción de esas circunstancias: se trataría de los supuestos estudiados por Torres Lana como transferencias parcelarias del volumen de edificabilidad²¹, cuya excepcionalidad es tan evidente como el parecido que tienen con la constitución de una servidumbre atípica.

2.5 Reflejo registral de las operaciones relacionadas

Los supuestos generales se relacionarán con el Registro mediante la inscripción correspondiente a la enajenación o gravamen de la propiedad. El caso de transmisión autónoma de parte de la edificabilidad posible podrá causar una inscripción asimilada a la de las servidumbres prediales (por tanto constará tanto en el folio de la finca transmisora como en el de la receptora de la edificabilidad)²².

3. LAS TRANSFERENCIAS DE APROVECHAMIENTOS URBANÍSTICOS COMO MECANISMO PARA LA OBTENCIÓN DE TERRENOS DOTACIONALES EN SUELO URBANO

3.1 Finalidad perseguida con estas operaciones

Los terrenos destinados a viales y dotaciones locales se obtienen, cuando se trata de suelo urbanizable, mediante el establecimiento del deber de cederlos a cargo de sus propietarios y la distribución de la carga entre todos los propietarios del ámbito de actuación urbanística. El instrumento jurídico para atender ambas

²¹ Sobre estas categorías de transmisión, ver TORRES LANA, *La configuración jurídica del volumen de edificabilidad*, cit., pp. 193-206.

²² Y, por supuesto, será conveniente que el contrato destaque la concesión de licencia para materializar la edificabilidad transmitida en la parcela «receptora» como condición suspensiva, así como los deberes de las partes en orden a conseguir el cumplimiento de esa condición y si la condición ha de entenderse cumplida o incumplida con la mera resolución administrativa o la misma habrá de ser impugnada en caso de ser denegatoria, por quién, y hasta qué instancia concreta (sobre todas estas cuestiones puede consultarse nuestro trabajo, *La condición suspensiva en los contratos*, ob. cit.). A falta de estas previsiones habrá que entender la efectiva edificabilidad como condición implícita cuyo incumplimiento podrá generar las consecuencias de la falta de conformidad del objeto.

finalidades es el llamado proyecto de equidistribución, que distribuye las fincas edificables resultantes de la actuación entre todos los propietarios de las fincas originarias, con independencia de que esas fincas originarias se vayan a transformar en solares edificables o tengan que ser cedidas gratuitamente a la Administración. El fundamento es la identificación del derecho de cada propietario de fincas originarias con un aprovechamiento llamado tipo, de reparto o medio (según la norma autonómica aplicable), que se establece en metros cuadrados de aprovechamiento por cada metro cuadrado de su finca originaria, se calcula en virtud de una media aritmética que divide la edificabilidad total de las fincas resultantes de la actuación entre la superficie total del ámbito territorial afectado (incluidos los terrenos que habrán de cederse a la Administración), y otorga al propietario el derecho a que le sean adjudicadas fincas de resultado en cuantía tal que su edificabilidad coincida con la medida del aprovechamiento tipo, medio o de reparto que le corresponde: es decir un *ius ad rem* vinculado *ob rem* a su condición de dueño de una o varias fincas originarias.

Cuando nos encontramos en suelos que ya fueron transformados en urbanos y donde han de obtenerse nuevos terrenos por la Administración para instalar nuevos servicios y dotaciones, el problema es que no resulta posible redistribuir la propiedad de los terrenos «beneficiados» con la instalación de esos servicios entre los dueños de los terrenos a ceder y los propietarios de terrenos edificables, porque estos últimos están ya ocupados por edificaciones y no puede alterarse su configuración física. La expropiación de los terrenos destinados a albergar las nuevas dotaciones y la recuperación de los justiprecios mediante la figura fiscal de las contribuciones especiales parece el instrumento jurídico más idóneo para cubrir estas necesidades, pero cobrar contribuciones especiales a una enorme multitud de beneficiados (ya que cada solar estará ocupado por un edificio en propiedad horizontal) es complejo y, a menudo, más costoso en términos económicos y políticos que no instalar nuevas dotaciones. Por ello apareció una técnica de gestión urbanística consistente en trasladar al suelo urbano la configuración de la propiedad que se venía aplicando al suelo urbanizable, pero afectando solamente a propietarios de los terrenos destinados a nuevas dotaciones y a propietarios de solares pendientes de edificación: se suma la edificabilidad total de los solares y se divide el resultado entre su superficie más la de los terrenos destinados a instalar nuevas dotaciones, obteniendo como resultado un coeficiente que define el aprovechamiento medio, tipo o de reparto, por cada metro cuadrado de superficie de solar edificable o de suelo dotacional a obtener; luego se diferen-

cia entre el aprovechamiento que el planeamiento atribuye a esos solares y terrenos pormenorizadamente (que será cero en el caso de los terrenos dotacionales), y el aprovechamiento que define el contenido del derecho de propiedad de dichos solares y terrenos, que resultará de multiplicar el coeficiente de aprovechamiento medio, tipo o de reparto, antes definido, por la superficie de cada solar: al primero se le suele denominar aprovechamiento real, objetivo o materializable, mientras que al segundo se le llama aprovechamiento subjetivo.

Puestas así las cosas, cuando el propietario de un solar solicita licencia, ha de acreditar el «ajuste» entre el aprovechamiento «subjetivo» que le corresponde y el aprovechamiento real de la finca, lo cual de ordinario supondrá la necesidad de «comprar» una determinada diferencia, cuyos oferentes serán los dueños de fincas destinadas a dotaciones públicas, que sólo tienen aprovechamiento subjetivo porque el aprovechamiento materializable sobre las fincas dotacionales es nulo. Cuando estos últimos propietarios «vendan» todo el aprovechamiento subjetivo que les corresponde por aplicación del aprovechamiento medio, tipo o de reparto, habrán satisfecho el contenido urbanístico de su derecho de propiedad en metálico, y sus terrenos podrán pasar a manos de la Administración sin que se produzca vulneración alguna de dicho derecho²³.

3.2 Diferencias entre estas transferencias de aprovechamiento urbanístico subjetivo y las transmisiones de edificabilidad del epígrafe 2.4

1. En las transferencias de edificabilidad o de volumen edificable vistas en el epígrafe 2.4 lo que se transmite es una edificabilidad que, de acuerdo con el planeamiento, podía ser materializada en la parcela «transmisora»; por tanto se trata de transferencias de

²³ Por ejemplo: consideremos un ámbito territorial formado por dos fincas destinadas a la instalación de un nuevo parque público y cuatro solares edificables. Para mayor sencillez, todas las fincas tienen 100 m² de superficie, siendo el aprovechamiento de los solares edificables de 120 m² cada uno. La edificabilidad total son 480 m² (120 × 4), mientras que el aprovechamiento medio, tipo o de reparto, será de 0,8 m²/m² (aprovechamiento total entre superficie total: 480/600). El aprovechamiento subjetivo de los propietarios de las fincas destinadas a albergar el parque y el de los dueños de solares es idéntico: 0,8 × superficie = 0,8 × 100 = 80. Pero los dueños de solares tienen un aprovechamiento real de 120 m², y por tanto una diferencia entre el aprovechamiento real u objetivo y el aprovechamiento subjetivo de 40 m², que habrán de «adquirir» de los dueños de terrenos dotacionales cuyo aprovechamiento subjetivo es 80 y el objetivo nulo. Una vez adquiridos los 160 m² de las fincas dotacionales, y por tanto satisfecho el contenido urbanístico del derecho de propiedad sobre dichas fincas, las mismas pasan a la Administración para la implantación del uso público correspondiente.

edificabilidad real e integrada en el derecho de su propietario, siendo el acuerdo perfeccionado entre transmitente y adquirente la fuente del gravamen de la finca transmisora y de la ampliación de utilidades de la receptora de la edificabilidad: la semejanza con las servidumbres prediales es, por tanto, manifiesta.

Sin embargo en las transferencias de aprovechamiento «subjetivo», orientadas a distribuir equitativamente la cesión de terrenos dotacionales por sus propietarios concretos, la transferencia no es la fuente de la imposibilidad de edificar el aprovechamiento transmitido en la finca transmisora, ya que es el propio planeamiento el origen de esa imposibilidad jurídica, al otorgar un aprovechamiento real nulo a los terrenos destinados a usos dotacionales.

2. Como consecuencia de lo anterior en las transferencias de edificabilidad real, o de volumen edificable, siempre sabemos qué finca ha limitado su edificabilidad a favor de qué otra, porque sin contrato previo no existe vinculación alguna, y, por tanto, el principio de especialidad puede aplicarse plenamente a la hora de permitir el ejercicio de acciones reales del propietario del fundo «dominante» contra el dueño del «sirviente», en caso de que este último tratara de edificar en su propia finca el volumen que transfirió a la del demandante.

Sin embargo en las transferencias de aprovechamiento «subjetivo» suelen existir varias fincas destinadas a terrenos dotacionales y varios solares cuyos dueños han de comprar una parte del aprovechamiento que el planeamiento ha situado sobre sus fincas. Si estos últimos incumplieran el requisito de adquisición previa y materializaran todo el aprovechamiento permitido sobre sus respectivos solares, sin adquirir previamente la cantidad que, según la ley, no se integra en su derecho de propiedad (definido por el aprovechamiento subjetivo resultante del medio, tipo o de reparto), la cuestión podría ser constitutiva de infracción urbanística, pero nada más, porque la imposibilidad de que los dueños de terrenos dotacionales plantearan acción real alguna para oponerse a la actuación de los dueños de solares se derivaría de la imposibilidad de demostrar que el aprovechamiento materializado en exceso procede precisamente de sus respectivos terrenos dotacionales, y no de otros (falta de principio de especialidad que impide el ejercicio de acciones reales por no poder demostrar la identidad entre la cosa propia y la poseída por el demandado)²⁴.

²⁴ Por ejemplo: en el caso planteado en la nota a pie de página inmediatamente anterior, si el dueño de uno de los solares edificara los 120 m² de aprovechamiento real u objetivo sin «comprar» previamente los 40 m² que no se integran en la delimitación urbanística de su derecho de propiedad, ninguno de los dueños de las dos fincas destinadas a

3. Aunque cada vez nos resulta más artificiosa la contraposición entre intereses públicos y privados (ya que la tutela de los legítimos intereses privados es de indudable interés público), parece evidente que en las transferencias de la edificabilidad efectivamente materializable sobre una finca el interés afectado es el predominantemente privado de sus dueños, ya que el planeamiento permite que dicha edificabilidad se realice sobre la finca que pretende transmitirla, mientras que en las transferencias de aprovechamiento subjetivo el interés es público, ya que se orienta a conseguir la distribución equitativa de las cesiones gratuitas de terrenos dotacionales impuestas a los propietarios de suelo urbano.

3.3 Actualidad normativa de las transferencias de aprovechamiento subjetivo

3.3.1 PRESUPUESTOS JURÍDICOS DE ESTAS TRANSFERENCIAS

Como hemos reiterado en otros lugares²⁵, las premisas fundamentales de esta técnica de gestión son dos:

– Su finalidad es distribuir equitativamente las consecuencias del deber de cesión de terrenos dotacionales, que incumbe a todos los propietarios del ámbito territorial afectado pero se hace efectivo en las fincas concretas de algunos propietarios. Por tanto la legislación aplicable ha de imponer ese deber de cesión del cual las transferencias son instrumento.

– Su funcionamiento consiste en diferenciar entre el aprovechamiento objetivo, que el plan atribuye pormenorizadamente a cada parcela de suelo urbano, y el aprovechamiento subjetivo, que se reconoce a los propietarios como contenido de su derecho de propiedad.

parque podría ejercer acciones reales contra él, dado que no podría demostrar la identidad entre el aprovechamiento subjetivo «ocupado» y el que corresponde al eventual demandante como propietario de una finca destinada a usos dotacionales (podría pertenecer a la otra finca destinada a tales usos).

²⁵ Para una visión amplia y con detallada información bibliográfica sobre los orígenes de este mecanismo de gestión y su regulación en el Texto Refundido de 1992, puede consultarse: LÓPEZ FERNÁNDEZ, Luis Miguel: *El aprovechamiento urbanístico transferible*, Madrid, 1995. Una visión más práctica y con ejemplos sencillos sobre los problemas que plantea y sus alternativas, en LÓPEZ FERNÁNDEZ, Luis Miguel: *TAUS: Aspectos de Gestión y Registrales*, Madrid, 2000.

3.3.2 LA LEY ESTATAL 6/1998 ²⁶

Todavía vigente, al escribir estas líneas, esta Ley, tras afirmar en su artículo 5, que «*Las leyes garantizarán en todo caso el reparto de los beneficios y cargas derivados del planeamiento, entre todos los propietarios afectados por cada actuación urbanística, en proporción a sus aportaciones*», contiene cuatro preceptos fundamentales en relación con el tema que nos ocupa:

14.1 «*Los propietarios de terrenos de suelo urbano consolidado por la urbanización deberán completar a su costa la urbanización necesaria para que los mismos alcancen –si aún no la tuvieran– la condición de solar, y edificarlos en plazo si se encontraran en ámbitos para los que así se haya establecido por el planeamiento y de conformidad con el mismo.*»

14.2 «*Los propietarios de suelo urbano que carezcan de urbanización consolidada deberán asumir lo siguientes deberes: a) Ceder obligatoria y gratuitamente el suelo necesario para los viales, espacios libres, zonas verdes y dotaciones públicas de carácter local al servicio del ámbito de desarrollo en el que sus terrenos resulten incluido...*».

28.3 «*En el suelo urbano consolidado por la urbanización, el valor del suelo se determinará por aplicación del aprovechamiento establecido por el planeamiento para cada terreno concreto, del valor básico de repercusión en parcela recogido en las ponencias de valores catastrales o, en su caso, del de repercusión en calle o tramo de calle corregido en la forma establecida en la normativa técnica de valoración catastral.*»

28.1 «*El valor del suelo urbano sin urbanización consolidada se determinará, salvo lo dispuesto en el apartado 2 de este artículo, por aplicación al aprovechamiento resultante del correspondiente ámbito de gestión en que esté incluido, del valor básico de repercusión más específico recogido en las ponencias de valores catastrales para el terreno concreto a valorar.*»

De ellos parece deducirse que el aprovechamiento urbanístico tomado como referencia para calcular el justiprecio en caso de expropiación es, en suelo urbano consolidado por la urbanización, el establecido por el planeamiento para cada terreno concreto, o sea el real u objetivo, mientras en suelo urbano no consolidado sí puede ser la media del ámbito de gestión en que se incluya

²⁶ Sobre la evolución de las transferencias de aprovechamientos en la legislación posterior al Texto Refundido de 1992 y en las resoluciones jurisprudenciales, puede acudir a LÓPEZ FERNÁNDEZ, Luis Miguel: «Los últimos acontecimientos relacionados con la gestión del suelo urbano», en *Revista de Derecho Urbanístico*, núm. 191, enero-febrero 2002, pp. 11-46, LÓPEZ FERNÁNDEZ, Luis Miguel: «Actuaciones aisladas a la luz de las últimas novedades legislativas y jurisprudenciales», en *Perspectivas del régimen del suelo, urbanismo y vivienda*, Varios Autores, Madrid, 2003, y LÓPEZ FERNÁNDEZ, Luis Miguel: «Notas sobre Gestión en Suelo Urbano Consolidado», en *El agente Rehabilitador*, coordinado por Santiago González-Varas Ibáñez, Navarra 2005, pp. 71 a 89.

el terreno; como el aprovechamiento de referencia a efectos de expropiación ha de ser el que constituye contenido de la propiedad expropiada, resulta que, en suelo urbano consolidado por la urbanización, todo el aprovechamiento real u objetivo se incorpora al derecho del dueño, sin que pueda diferenciarse del aprovechamiento subjetivo²⁷.

Por otro lado, en suelo urbano consolidado por la urbanización sólo existe deber de «completar la urbanización» para convertir los terrenos en solar, mientras que en suelo urbano no consolidado hay deberes de cesión; luego la única posibilidad de obligar a ceder terrenos destinados a usos dotacionales a un propietario de suelo urbano, y de romper el aprovechamiento objetivo y subjetivo para distribuir equitativamente la carga y el aprovechamiento, parece consistir en calificar los terrenos correspondientes como suelo urbano «no consolidado por la urbanización», surgiendo entonces la pregunta sobre el significado del término «urbanización». El mencionado término permite una interpretación restrictiva, entendida como las obras precisas para instalar los servicios urbanísticos básicos (acceso rodado, acometida y evacuación de aguas, energía eléctrica), y otra más amplia, que incluye la cesión de los terrenos que han de ser objeto de esas obras. Pese a existir argumentos para defender la interpretación amplia²⁸, la STC 164/2001 parece haberse inclinado por la interpretación estricta, de modo que sólo la

²⁷ Aunque la nada clara afirmación contenida en el Fundamento Jurídico 19 de la STC 164/2001, según la cual los artículos 14 y, especialmente el 28, contienen una «regulación estrictamente patrimonial» que «en nada limita ni condiciona las competencias urbanísticas de las Comunidades Autónomas», podría inducir a pensar que esa diferenciación sólo queda imposibilitada en caso de expropiación forzosa, pero no para definir el contenido urbanístico de la propiedad del suelo a otros efectos, lo cual, dicho sea de paso, nos parece absolutamente ilógico.

²⁸ El debate sobre la relación entre el concepto de «urbanización» y las cesiones de terrenos dotacionales viene de largo, y por eso merece mayor crítica la inconcreción manifestada en la Ley 6/1998. Planteaba ya la relación entre ambos deberes GÓMEZ-FERRER MORANT en *Las zonas verdes y espacios libres como problema jurídico*, Madrid, 1971, citando entre otros el artículo 114 de la Ley del Suelo de 1956, según el cual «Los propietarios de fincas emplazadas en sectores que fuesen objeto de urbanización deberán subvenir a la misma, en justa compensación a los beneficios que su ejecución habrá de reportarles, mediante la cesión de terrenos libres de gravámenes y costeamiento de las obras...».

En la actualidad sigue el debate, al menos en relación con los viales, aunque la argumentación puede extrapolarse a las dotaciones locales porque, personalmente, nos parecería absurdo el intento de establecer diferencias entre cesiones de terrenos para viales públicos y para otras utilidades igualmente públicas, además de no existir apoyo alguno para tal diferencia en la Ley 6/1998. PAREJO ALFONSO en VV. AA., *Derecho Urbanístico de la Comunidad de Madrid*, Madrid, 1998, se refiere a la posibilidad de entender que «en el deber de completar la urbanización está necesariamente comprendido el de cesión obligatoria y gratuita a la Administración de las superficies de suelo necesarias». También SANTOS DÍEZ y CASTELAO RODRIGUEZ, en VV. AA., *Régimen del Suelo y Valoraciones*, Madrid, 1998, afirman que «Parece claro que, si el terreno necesario para implantar el fragmento de calzada o acera o de elemento que impide la condición de solar (el subrayado es nuestro), es todavía de titularidad privada, el deber de completar la urbanización debe conlle-

necesidad de realizar obras para instalar los servicios urbanísticos básicos permite clasificar terrenos urbanos como no consolidados por la urbanización, aunque la cuestión es tan dudosa como la continua ambivalencia en que se expresa la citada sentencia²⁹.

var, necesariamente, y aunque el artículo 14.1 LS98 no lo explicita, el de cesión gratuita del correspondiente terreno por parte de la propiedad».

Siguiendo esta tendencia, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 20 de noviembre de 1998 afirmó, en su Fundamento de Derecho Cuarto y ante la impugnación por un propietario de suelo urbano consolidado del acto administrativo que le imponía la adquisición de determinadas unidades de aprovechamiento, que «*El deber de cesión de terrenos que deban servir de soporte a las correspondientes obras de urbanización es una consecuencia lógica del deber de completar la urbanización, consagrado hoy en el artículo 14.1 de la Ley 6/1998*».

²⁹ Por un lado, el Fundamento Jurídico núm. 19 de la STC 164/2001 establece que «*Del artículo 14 LRSV no resulta un deber de distinguir en el planeamiento esas dos categorías. Menos aún contiene el artículo 14 LRSV criterios concretos sobre cuándo el suelo urbano debe considerarse consolidado por la urbanización y cuándo no. En estos términos es claro que la regulación estrictamente patrimonial del artículo 14 LRSV en nada limita ni condiciona las competencias urbanísticas de las Comunidades Autónomas*», y este argumento se reitera en el Fundamento Jurídico núm. 20 de la propia resolución, al afirmarse que «*Debemos recordar, antes que nada, que los criterios de distinción entre suelo urbano consolidado y no consolidado los establece –en los límites de la realidad– cada Comunidad Autónoma. En consecuencia, será cada Comunidad Autónoma, al fijar los criterios de consolidación por urbanización, quien determine también qué suelo urbano soporta deberes de cesión y cuál no*». Sin embargo, en el apartado segundo del propio Fundamento Jurídico 20 de la sentencia comentada, se admitirá implícitamente que el artículo 14 de la Ley Estatal 6/1998 supone la inexistencia de deberes de cesión de terrenos dotacionales en suelo urbano consolidado, ya que se rechaza la alegación de los recurrentes acerca de que tal prescripción supusiera opción estatal por la expropiación forzosa para obtener terrenos dotacionales en esa categoría de suelo, con el argumento de que: «*En segundo lugar, la inexistencia de deberes de cesión de suelo no supone, como afirman los recurrentes, una opción estatal por la expropiación forzosa como instrumento de obtención de suelo dotacional. El artículo 14.1 LRSV se limita a definir el contenido de la propiedad urbana (en suelo consolidado). Y es el artículo 33.3 CE el que prohíbe la apropiación pública del derecho de propiedad urbana sin indemnización. En consecuencia no sería el artículo 14.1 LRSV sino a lo sumo el 33.3 CE quien impondría a los Municipios la obtención de suelo dotacional mediante expropiación*». Si el Tribunal Constitucional dice eso, en lugar de afirmar que no supone opción estatal por la expropiación forzosa porque la cesión puede imponerse como deber de los dueños de suelo urbano consolidado, incluido en el deber que les incumbe de «completar la urbanización», sólo puede ser porque para el Tribunal Constitucional «urbanización» equivale a «obra para la instalación de los servicios urbanísticos». El «límite de la realidad», para que la legislación autonómica y el planeamiento puedan considerar unos terrenos de suelo urbano como suelo urbano no consolidado, sería, pues, el de la innecesidad de realizar «obras de urbanización en unidades integradas» o, más en general, de realizar obras de urbanización que fueran más allá de la acción de «complementar», referida en el artículo 14.1. La STC 365/2006, recaída como consecuencia de una cuestión de inconstitucionalidad planteada en relación con determinados preceptos de la Ley 2/1998, de ordenación del territorio y actuación urbanística de Castilla-La Mancha, rechaza expresamente la imposición de cesiones a dueños de suelo urbano consolidado, pero vuelve a dejar abierta la puerta a su imposición mediante la consideración de los terrenos como suelo urbano no consolidado, al afirmar que «*Este precepto legal (el art. 45 de la Ley impugnada) contiene los criterios de distinción del suelo urbano consolidado y no consolidado, cuyo establecimiento corresponde, según declaramos en nuestra STC 164/2001, de 11 de julio, Fundamento 20, a la Comunidad Autónoma*». Sigue pendiente el límite a las comunidades autónomas para considerar un suelo urbano no consolidado, porque de nada vale una igualdad básica fundada en la denominación del suelo, si un terreno con idénticas características físicas está sometido a diferentes cargas, por considerarse en unas comunidades como suelo urbano consolidado y en otras como no consolidado.

Sin embargo la legislación de algunas comunidades autónomas (Andalucía, Castilla-La Mancha, Extremadura y Valencia, por poner algunos ejemplos), permiten considerar el suelo urbano como no consolidado por factores distintos, como precisar nuevas dotaciones previstas por el planeamiento o tener asignada mayor edificabilidad que la establecida en planes anteriores, con lo cual esas normas autonómicas habrían de considerarse inconstitucionales por colisionar con la norma básica estatal que, además, ya había sido declarada a su vez conforme con la Constitución Española de 1978. Para evitar la declaración de inconstitucionalidad de esas normas autonómicas, el Gobierno salido de las elecciones del 14 de marzo de 2004 retiró los recursos planteados contra tal normativa autonómica y está tramitando un proyecto que evita la colisión al «retrasar» notablemente la trinchera de la regulación básica estatal destinada a garantizar la igualdad de todos los españoles en el ejercicio del derecho de propiedad, lo cual, al tiempo que parece de difícil conformidad constitucional, plantea el inconveniente de la inaplicabilidad de la nueva ley que salga del Parlamento a situaciones nacidas al amparo de la normativa anterior y que no puedan entenderse agotadas según los criterios utilizados por el Tribunal Constitucional³⁰. El futuro de las transferencias de aprovechamientos subjetivos, por tanto, aparece tan confuso como siempre fuera su pasado.

3.3.3 ASPECTOS DOCUMENTALES Y REGISTRALES DE LAS TRANSFERENCIAS DE APROVECHAMIENTO SUBJETIVO³¹

Los precedentes jurídicos de estos aspectos de las transferencias de aprovechamiento subjetivo merecerían incorporarse, con mención honorífica, a una antología del disparate jurídico. Se regulaban en los artículos 55 y 56 de la Ley 8/1990, de Reforma del Régimen Urbanístico y Valoraciones del Suelo, pasando luego a los artículos 197 y 198 del Texto Refundido de la Ley sobre el Régimen del Suelo y Ordenación Urbana, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1992, de 26 de junio. La citada regulación imponía la creación de registros municipales de transferencias de aprovechamientos en los cuales se inscribirían los acuerdos de

³⁰ Al corregir las pruebas ya ha sido aprobada la Ley del Suelo 8/2007, de 28 de mayo, que deroga la Ley 6/1998 y cuyos artículos 14 y 16 evitan la colisión de la Legislación básica estatal con la autonómica.

³¹ Sobre estas cuestiones, ver LÓPEZ FERNÁNDEZ, Luis Miguel: *TAUS: Aspectos de Gestión y Registrales*, cit., y, con especial atención a los aspectos documentales de las Transferencias de Aprovechamientos en la Comunidad Valenciana, aunque muchos de los interesantes aspectos analizados son aplicables con carácter general, RUEDA PÉREZ, Manuel Ángel: *Intervención notarial en el urbanismo de la Comunidad Valenciana*, Valencia, 2003.

«cesión o distribución de aprovechamientos urbanísticos celebrados entre particulares, que deberán constar en documento público», no contemplándose el mencionado requisito documental para los «acuerdos de compra, venta o cesión por cualquier título de aprovechamientos urbanísticos celebrados entre la Administración actuante y los particulares» [art. 197.a) y b) de la citada norma]; la inscripción en esos registros municipales se configuraba como requisito previo para el acceso de estos negocios jurídicos al Registro de la Propiedad (art. 198 del Texto Refundido de 1992). Pese a la evidente relación entre los citados preceptos con la competencia sobre «ordenación de los registros e instrumentos públicos», atribuida al Estado por el artículo 149.1.8.^a de la Constitución Española, el legislador ordinario consideró que se trataba de preceptos de aplicación supletoria, quizá porque la ordenación sustantiva de las propias transferencias de aprovechamientos tenía tal consideración (disposición final única del Texto Refundido de 1992). El Tribunal Constitucional, en su desafortunada Sentencia de 20 de marzo de 1997, compartió esa estimación, quedando los aspectos registrales y documentales de las transferencias de aprovechamientos sin regulación legal y sin que las Comunidades Autónomas parezcan tener competencia para regular esos aspectos, aunque sí la tengan para establecer la regulación sustantiva de cualquier técnica de gestión urbanística, como afirmó en términos desmesuradamente amplios la referida Sentencia del Tribunal Constitucional.

Con posterioridad, sin embargo, se va a aprobar el Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio, por el que se regula la inscripción en el Registro de la Propiedad de actos de naturaleza urbanística, cuyos artículos 33 a 41 regulan este tema aunque sin amparo en ninguna norma de rango legal³². El régimen documental sigue las líneas de la regulación legal declarada inconstitucional: formalización en escritura pública cuando el aprovechamiento se transmite o distribuya entre particulares y certificación administrativa cuando se transmita ese aprovechamiento por la Administración: con ello se perpetúa la paradoja de que cuando la Administración no es parte se precisa la escritura pública, mientras que cuando lo es, puede intervenir, al mismo tiempo, como fedatario y parte contractual (arts. 33.1 y 41.1 del citado RD 1093/1997). La inscripción de la transferencia en el Registro de la Propiedad exige la previa constancia en el registro administrativo o la concesión de licencia administrativa sólo cuando la legislación urbanística aplicable así lo imponga (art. 37 RD 1093/1997).

³² Salvo la mención genérica del artículo 307.5 del texto refundido de 1992.

3.3.4 FUNCIONAMIENTO DE ESTAS TRANSFERENCIAS EN LA PRÁCTICA

Desde la Ley 8/1990, el problema de las transferencias de aprovechamiento subjetivo como mecanismo orientado a obtener gratuitamente nuevas dotaciones en suelo urbano tropezó con un fundamental obstáculo: la situación contractual de los propietarios de las fincas «oferentes» y «demandantes» era muy distinta: los primeros no tienen prisa alguna en vender el aprovechamiento subjetivo de su finca, destinada a usos dotacionales, sino más bien en conseguir una recalificación que les permita edificarlas; por el contrario, los dueños de fincas cuyo aprovechamiento real es superior al que se les reconoce por su condición de propietarios, tienen que adquirir la diferencia, como trámite previo para obtener la licencia de obras, no pudiendo limitar su edificación al aprovechamiento subjetivo cuando, como será lo corriente, se establezcan por el planeamiento condiciones mínimas de volumen o altura cuya satisfacción presuponga necesariamente la citada adquisición; por si fuera poco mantener paralizada la inversión hecha en la compra del suelo, nuestro promotor puede verse expropiado si no cumple los plazos para edificar que el planeamiento puede establecer. Todo ello genera una posición contractual absolutamente diversa que, si se aplicaran estrictamente las reglas del mercado, y considerada además la normal existencia de un oligopolio por parte de los oferentes (ya que serán escasas las parcelas destinadas a usos dotacionales), muy probablemente originaría la sumisión del ejercicio del derecho de propiedad de los terrenos con exceso de aprovechamiento real o materializable a condiciones que lo harían prácticamente inviable, y con ello la regulación contemplada habría afectado, posiblemente, al contenido esencial del derecho de propiedad, tal como fue definido en la STC de 8 de abril de 1981³³. Para evitar todas esas consecuen-

³³ En el importantísimo Fundamento Jurídico número 8 de la citada sentencia puede leerse que «Constituyen el contenido esencial de un derecho subjetivo aquellas facultades o posibilidades de actuación necesarias para que el derecho sea reconocible como pertinente al tipo descrito y sin las cuales deja de pertenecer a ese tipo y tiene que pasar a quedar comprendido en otro, desnaturalizándose por decirlo así. Todo ello referido al momento histórico de que en cada caso se trata y a las condiciones inherentes en las sociedades democráticas, cuando se trate de derechos constitucionales. El segundo posible camino para definir el contenido esencial de un derecho consiste en tratar de buscar lo que una importante tradición ha llamado los intereses jurídicamente protegidos como núcleo y médula de los derechos subjetivos. Se puede entonces hablar de una esencialidad del contenido del derecho para hacer referencia a aquella parte del contenido del derecho que es absolutamente necesaria para que los intereses jurídicamente protegibles, que dan vida al derecho, resulten real, concreta y efectivamente protegidos. De este modo, se rebasa o se desconoce el contenido esencial cuando el derecho queda sometido a limitaciones que lo hacen impracticable, lo dificultan más allá de lo razonable o lo despojan de la

cias la Ley 8/1990 incluía una intervención administrativa en las transferencias de aprovechamiento llamada «mediadora», que consistía en el derecho de los propietarios a que la Administración les transmitiera la cantidad de aprovechamiento precisa para agotar la edificabilidad real de sus fincas precisamente por su valor urbanístico, no al precio resultante de tan peculiar mercado. Como en las ventas verificadas a través de esta mediación, por cuenta propia y en interés ajeno, no se requería el otorgamiento de escritura pública, y como también puede prescindirse de la inscripción registral, dado que el aprovechamiento es un bien genérico cuando no procede de una finca determinada y el sujeto que nos lo vende es la misma Administración que nos lo ha de reconocer, mediante el otorgamiento de licencia para su materialización en la finca que lo recibe, está claro que el sistema de compra directa a la Administración, más seguro y con menores costes de formalización, será el sistema «normal», dedicando luego esa Administración los recursos obtenidos al pago de los justiprecios expropiatorios de las fincas dotacionales (y por tanto de su aprovechamiento «subjetivo»).

Por ello la loable regulación de las cuestiones registrales de estas transferencias, que parte de la perfecta identificación de las fincas transmisoras y del aprovechamiento que compra y luego vende la Administración en su intervención mediadora, así como las posiciones doctrinales empeñadas en considerar el aprovechamiento no materializable sobre una finca e integrante de la propiedad del mismo como un «derecho real sobre bienes inmuebles» de carácter inmaterial, para imponer la inscripción constitutiva por analogía con la hipoteca inmobiliaria, o, al menos obligatoria, por aplicación de la Ley sobre bienes de las Administraciones públicas (y, quizá, la enajenación mediante procedimientos que garanticen la publicidad y concurrencia de oferentes) tropiezan con la generalizada aplicación práctica, basada en la consideración de estas operaciones como reparcelaciones urbanísticas sustanciadas por indemnización económica que sustituye la adjudicación en especie de terrenos (ya que las parcelas edificables en suelo urbano ya urbanizado no pueden redistribuirse entre sus dueños y los propietarios de fincas dotacionales), y en reparcelaciones económicas, además, que se sustancian en dos

necesaria protección. Los dos caminos propuestos para tratar de definir lo que puede entenderse por “contenido esencial” de un derecho subjetivo no son alternativos ni menos todavía antitéticos, sino que, por el contrario, se pueden considerar como complementarios, de modo que, al enfrentarse con la determinación del contenido esencial de cada concreto derecho, pueden ser conjuntamente utilizados, para contrastar los resultados a los que por una u otra vía pueda llegarse».

fases: la Administración percibe la indemnización económica sustitutiva de los propietarios de fincas con aprovechamiento superior al que corresponde a su titular, para, en fase posterior, entregar esa indemnización sustitutoria a los dueños de fincas que han de ser cedidas a la Administración y, por tanto, no pueden ser edificadas por sus dueños.

3.3.5 DUDAS PLANTEADAS POR LA NATURALEZA JURÍDICA DE ESTAS TRANSFERENCIAS

Hasta el momento los litigios planteados sobre la aplicación de transferencias de aprovechamientos subjetivos se han producido mediante la impugnación, ante la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, del propio planeamiento que establecía ese mecanismo de gestión, o bien de las ventas directas hechas por la Administración en ejecución de ese planeamiento; en este segundo caso, los demandantes pretendían la devolución del precio pagado, previa declaración de nulidad del «acto administrativo» que impuso la compra forzosa al demandante-comprador como requisito previo para el otorgamiento de licencia de obras³⁴. Si la legislación autonómica que proporciona cobertura a esas ventas hechas por la Administración fuera incompatible con la legislación básica estatal, y por tanto con la Constitución Española, el problema de la «devolución de los precios» podría evitarse mediante la aplicación

³⁴ Se rechazó la impugnación planteada por los propietarios en las SSTS (Salas de lo Contencioso-Administrativo) de 9, 10, 13 y 14 de febrero, y 21 de junio, de 1979, criticadas en nuestro trabajo *El aprovechamiento urbanístico transferible*, *ob. cit.*, pp. 98-110.

Por su parte la STS de Madrid de 25 de noviembre de 2000, comentada en nuestro trabajo «Actuaciones aisladas a la luz de las últimas novedades...», *cit.*, pp. 53-55, vino a resolver, en grado de apelación, el recurso interpuesto por una comunidad de bienes contra la Resolución de la Gerencia Municipal de Urbanismo del Ayuntamiento de Madrid sobre cantidad a ingresar en concepto de Transferencia de Aprovechamiento: el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo había declarado la nulidad de la resolución que impuso la transferencia por estimar que el artículo 14.1 de la Ley 6/1998 no servía de cobertura legal para el ingreso cuestionado, y que nunca se discutió que la finca mereciera la clasificación de suelo urbano consolidado de acuerdo con la mencionada Ley. Impugnada la Sentencia del Juzgado por el Ayuntamiento de Madrid, el TSJ lleva a cabo un cuidadoso estudio de la cuestión a la luz de la STC 61/1997 que, a su vez, le conduce a confirmar la decisión del Juzgado pero matizando notablemente la fundamentación jurídica desarrollada por este. La razón para desestimar el recurso del Ayuntamiento fue que la Ley madrileña 61/1997 utilizaba el área de reparto y el aprovechamiento-tipo como técnica equidistributiva, es decir el mecanismo equidistributivo que se contemplaba en el TRLS de 1992, y, sin embargo, el artículo 3.2.4 de las Normas Urbanísticas del Plan General se apartó de ese sistema, introduciendo un mecanismo sospechosamente similar al coeficiente reductor del aprovechamiento real, empleado para calcular el aprovechamiento apropiable por el artículo 64.4 de la Ley de la Comunidad valenciana 6/1994, de 15 de noviembre, Reguladora de la Actividad Urbanística (pero en Valencia). Dicho abreviadamente: la Legislación Autonómica madrileña permitía un mecanismo de determinación del aprovechamiento apropiable distinto del utilizado por el Plan General, y la diferencia se reflejaría en la cuantificación del aprovechamiento atribuido al propietario.

de la Doctrina Constitucional que, por seguridad jurídica, extiende la permanencia de las sentencias firmes dictadas al amparo de la legislación declarada inconstitucional al acto administrativo firme y consentido³⁵; salvo, obviamente, si consideramos que se trata de un contrato de compraventa viciado por el error del comprador sobre la necesidad de adquirir un aprovechamiento que ya le pertenecía, en cuyo caso podría acudir a la vía civil para anular el contrato y exigir la restitución del precio. Y mayores dudas aún se plantearían en el supuesto de que la transferencia de este aprovechamiento subjetivo se hubiera producido como consecuencia de un acuerdo de «venta», «cesión» o «distribución» entre dos particulares. Incluso podría plantearse si el que «compró» el aprovechamiento, lo materializó, y vendió las edificaciones resultantes, estará legitimado activamente para acudir a esos remedios o si quienes estarán legitimados son los adquirentes del suelo y del aprovechamiento incorporado, junto con las edificaciones³⁶. ¿La solución?: ya que el legislador no nos la dio, esperemos que la Jurisprudencia nos la proporcione en el futuro.

³⁵ Concretamente, el Fundamento Jurídico núm. 9 de la STC 5. La STC 54/2002, de 27 de febrero, recaída en resolución del recurso de inconstitucionalidad planteado por el Presidente del Gobierno contra el artículo único, apartado primero, de la Ley del Parlamento Vasco 11/1998, de 20 de abril, afirmó que: «El principio de seguridad jurídica (art. 9.3. CE) reclama la intangibilidad de las situaciones jurídicas consolidadas; no sólo las decididas con fuerza de cosa juzgada, sino también las situaciones administrativas firmes. Esta conclusión se refuerza si se tiene en cuenta, además, que dotar de eficacia ex tunc a nuestra declaración de nulidad distorsionaría gravemente la actividad de gestión urbanística desarrollada al amparo de la norma que se declara inconstitucional, trascendiendo, incluso, las previsibles consecuencias económicas adversas que la revisión de las cesiones obligatorias ya firmes supondrían para los Municipios, con el consiguiente riesgo de quiebra del principio de suficiencia financiera de las Haciendas locales a que se refiere el artículo. 142. CE.» El argumento se ha reiterado luego en la STC 365/2006, recaída como consecuencia de una cuestión de inconstitucionalidad planteada en relación con determinados preceptos de la Ley 2/1998, de ordenación del territorio y actuación urbanística de Castilla-La Mancha.

³⁶ Como planteamos en nuestro trabajo «Actuaciones aisladas a la luz de las últimas novedades legislativas y jurisprudenciales», cit., pp. 65 a 68.