

**“RÉGIMEN DE LAS TRANSFERENCIAS Y RESERVAS DE APROVECHAMIENTO
URBANÍSTICO. EN ESPECIAL, EL RÉGIMEN DE LA COMUNIDAD
VALENCIANA”**

Yásser-Harbi Mustafá Tomás
Abogado del Departamento de Derecho Inmobiliario
y Urbanismo de Uría Menéndez

ÍNDICE

I. Transferencias de aprovechamiento.- II. Reservas de aprovechamiento urbanístico.

RESUMEN

El presente artículo tiene por objeto analizar las reservas y transferencias de aprovechamiento, como técnicas de gestión urbanística de alcance limitado pero, en ocasiones, de gran utilidad práctica. Su principal ventaja reside en facilitar la obtención de suelos dotacionales sin necesidad de acudir a los recursos financieros de las administraciones públicas. Asimismo, son instrumentos muy útiles para la remodelación de entornos urbanos en tiempos como el actual en los que no son muchos los desarrollos de suelos de urbanizables.

El estudio analiza con particular detenimiento el régimen previsto en la Comunidad Valenciana, lugar donde surgió y se aplicó este mecanismo por primera vez.

PALABRAS CLAVE: transferencia, reserva, aprovechamiento, excedente, suelo urbano, expropiación forzosa, justiprecio, gestión urbanística, Comunidad Valenciana.

ABSTRACT

In this review, we have analysed the building rights reserve and transfers, as instruments to ease the planning management. These techniques have a limited scope but they are very useful from a practical point of view. By means of reserve and transfers of building rights public authorities can speed up the acquisition of plots to be devoted to public facilities, without spending using financial resources. In addition, these instruments are very useful to reshape urban sites in moments like this where there are very few developments outside the cities.

The study analyses in detail the legal planning framework enforceable in the Valencian regional, the place where these techniques were created and implemented for the first time.

Key words: transfer, reserve planning, building rights, excess, urban land, compulsory purchase, expropriation, expropriation price, planning management, Valencian Region.

1. Transferencias de aprovechamiento.

1.1. Origen histórico y concepto.

La transferencia de aprovechamiento es una técnica de gestión urbanística que tiene lugar por el acuerdo suscrito entre la Administración y los propietarios de suelo. En virtud de ese pacto, la Administración adquiere un suelo, generalmente urbano y destinado por el planeamiento a dotación pública, o que por otro motivo le interesa obtener, sin necesidad de recurrir al mecanismo de la expropiación forzosa o, al menos, sin tener que abonar un justiprecio en dinero. A cambio, al propietario se le permite materializar el aprovechamiento urbanístico del terreno cedido en una parcela distinta, en la que podrá agregarlo al aprovechamiento propio de esta segunda parcela y edificar la totalidad.

El presupuesto de hecho típico es el de un suelo dotacional no incluido en ninguna unidad de ejecución y, en consecuencia, no vinculado a una actuación urbanística sistemática que permita verificar las operaciones equidistributivas ordinarias (reparcelación o compensación). En esas circunstancias, la obtención del terreno por la Administración para ejecutar la dotación pública puede canalizarse a través de una transferencia de aprovechamiento.

García-Bellido y Enríquez de Salamanca explicaban la génesis de esta figura en su hoy clásico artículo¹, como respuesta “*ante las dificultades reales de gestión para la obtención de equipamientos públicos en el suelo urbano [que] están motivando que el planeamiento de nuestros cascos urbanos no pueda adoptar las medidas necesarias para la conservación y revitalización de los mismos, acentuándose las tendencias actuales de deterioro, terciarización y pérdida irreversibles de sus funciones tradicionales*”. Y ello, como consecuencia de que la técnica equidistributiva por antonomasia, la reparcelación, estaba concebida para funcionar “*en polígonos completos o en unidades de actuación que por su complejidad globalizadora en hechos urbanos consolidados, hace que sea imposible su ejecución, lo cual conduce, «de facto», a las actuaciones aisladas en suelo urbano por vía expropiatoria, que a lo sumo permitirán la recuperación parcial y dudosa de sus costos mediante contribuciones especiales*”.

¹ GARCÍA-BELLIDO Y GARCÍA DE DIEGO, Javier; ENRÍQUEZ DE SALAMANCA NAVARRO, Luis M.: “Transferencia del aprovechamiento urbanístico: fundamentación jurídica de una nueva técnica de gestión”, *Revista de Derecho Urbanístico* nº 65, 1979, págs. 39 a 87.

Por este motivo, seguían exponiendo estos precursores, el entonces reciente Reglamento de Gestión Urbanística habilitó *“la reparcelación voluntaria en unidades especialmente discontinuas en el Suelo Urbano. Con ello [...] se introduce de forma innovadora en el Suelo urbano la mecánica redistribuidora del concepto del aprovechamiento medio del Suelo urbanizable, que permite utilizar la reparcelación de volúmenes en unidades de actuación aisladas, con cesión al municipio de los suelos de equipamiento liberados de su aprovechamiento lucrativo por transferencia del mismo a otras parcelas que permiten su acumulación”*.

Descendiendo al funcionamiento de esta institución jurídico-urbanística, en su origen, los profesores citados planteaban el siguiente esquema:

“Como técnica de planeamiento consiste en establecer para la totalidad o sólo para cada zona homogénea diferenciada del Suelo urbano un aprovechamiento tipo o coeficiente de edificabilidad (en m^2/m^2), sea cual sea el uso, intensidad, localización, destino o propiedad de los solares incluidos, que expresará el «contenido normal de la propiedad» según su calificación urbanística, y delimitará la facultad para el ejercicio del derecho de edificación, otorgados ambos por el Plan.

Como el planeamiento individualizado particulariza el espacio y es necesariamente desigual en la asignación de usos y volúmenes, en aquellos solares o áreas en los que por sus condiciones estructurantes de localización, alturas y usos, el plan autorice una mayor edificabilidad (aprovechamiento excepcional o por exceso) que la concedida con carácter general por el aprovechamiento tipo, la condición previa para poder edificar en estos últimos con arreglo al Plan será la de que deberán (o podrán) obtener la superficie o volumen edificable que les falta, haciéndola proceder de aquellos otros solares que el Plan haya calificado como zonas de equipamiento, espacios libres (con aprovechamiento por defecto) o edificios catalogados a conservar; haciéndose cesión gratuita y obligatoria al Ayuntamiento de estas zonas, espacios o edificios, libres de cargas y en pleno dominio, y siendo previa la aceptación de la misma por el Ayuntamiento”.

Hoy, como ayer, el de la transferencia de aprovechamiento urbanístico puede ser un mecanismo útil en aquellos supuestos en los que:

- (i) Un propietario de una parcela en suelo urbano no puede materializar el aprovechamiento subjetivo que le corresponde, edificando su parcela, porque está calificada como dotación pública de obligada cesión al Ayuntamiento (v. gr., una zona verde o un tramo de vial).
- (ii) Existe voluntad municipal de obtener ese suelo urbano dotacional para destinarlo al uso previsto por el plan (pretende ajardinar la zona verde o ejecutar el vial).
- (iii) Otro solar urbano presenta un excedente de aprovechamiento cuya compensación es requisito previo para poder ser edificado².

En el apartado 1.2.3 incluimos una breve explicación de los conceptos que se acaban de utilizar (distinción entre las distintas clases de aprovechamiento y definición del excedente).

Atendidas las circunstancias enumeradas, la mecánica ordinaria para obtener el suelo dotacional bien pudiera ser la expropiación forzosa. Sin embargo, los Ayuntamientos que no quieran -o no puedan- sobrecargar las arcas municipales recurriendo al pago de un justiprecio en metálico y los propietarios que prefieran materializar aprovechamiento en vez de recibir dinero, pueden acudir a la técnica de la transferencia de aprovechamiento. A través de esa institución se consigue un triple efecto beneficioso para cada una de las tres partes implicadas: (i) el propietario del suelo cedido puede materializar su edificabilidad en otro solar que sí esté destinado a usos lucrativos privados; (ii) el Ayuntamiento obtiene un suelo dotacional sin tener que hacer desembolsos monetarios; y (iii) el propietario del solar que recibe la transferencia puede construir todo el aprovechamiento que el plan le asigna, al haber compensado el excedente respecto del aprovechamiento tipo (en muchas ocasiones, ambos propietarios coincidirán en uno, por haber este adquirido el otro solar con el objetivo de propiciar la transferencia).

² Como veremos, hay otras variables, pues es posible hacer una transferencia desde una finca en suelo urbanizable o con destino a una unidad de ejecución.

En consecuencia, sigue sirviéndonos la definición de transferencia del profesor Parejo Alfonso, como mecanismo que permite *“la posibilidad del traslado de aquel aprovechamiento (tipo) no realizable en terrenos propios a otros que deben servir de soporte a un aprovechamiento superior al tipo, con lo que los primeros quedan liberados para el destino, en su caso, de equipamiento público (produciéndose su cesión al Municipio)”*³. En cuanto a las finalidades de la transferencia de aprovechamiento urbanístico, son básicamente tres:

- (i) Permitir a los Ayuntamientos la obtención “gratuita” de terrenos que le interesen; en particular, de los calificados como dotación pública que no estén incluidos en ámbitos de gestión sistemática y no vayan a ser objeto de reparcelación “ordinaria”.
- (ii) Posibilitar la perecuación de beneficios y cargas entre dos parcelas que, por razón del destino decidido por el planificador para cada una de ellas, tienen, respectivamente, un aprovechamiento extraordinario o ninguno en absoluto⁴.
- (iii) *“Sustituir la gestión burocrática por la negociación libre entre los afectados sobre el modo que más les convenga para cumplir sus obligaciones urbanísticas”*⁵.

³ PAREJO ALFONSO, Luciano: “La ordenación y la gestión urbanística: un balance crítico”, *Ciudad y Territorio*, enero-junio 1984.

⁴ Este aspecto de las transferencias de aprovechamiento fue enfatizado desde el principio por García-Bellido y Enríquez de Salamanca:

“La presunta carga que imponga el plan, al obligar a los solares con aprovechamiento excepcional superior al tipo a tener que aportar el suelo restante cuyo aprovechamiento completa la diferencia de edificabilidad entre el exceso otorgado y el tipo normal, como conditio sine qua non para poder edificar en ellos, constituye una carga correlativa al beneficio positivo que estos solares obtienen del plan de poder ser edificados con mayor aprovechamiento. Este exceso se lo deben al plan, o a la comunidad, y a ella debe revertir el beneficio otorgado a través de una cesión de suelo público equivalente al exceso de aprovechamiento concedido como lo configuran las TAU. Este es su «deber positivo», el de repartir los beneficios con los que soportan sólo cargas, con los propietarios a los que el plan ha asignado equipamientos no lucrativos, quienes contrario sensu tendrán el derecho o «deber positivo» a exigir ser reparcelados (...) con los beneficiados por exceso de aprovechamiento. El deber positivo a ceder el suelo de equipamientos ex ministerio legis, que recae sobre los que tienen aprovechamiento lucrativo nulo, comporta en justa correlación de derechos el deber de los beneficiados en exceso a compartir recíprocamente su beneficio positivo, concentrado en el aprovechamiento lucrativo, en la proporción en que éste pertenece también a los afectados sin aprovechamiento real” (op. cit.).

⁵ PAREJO ALFONSO, Luciano; BLANC CLAVERO, Francisco: *Derecho urbanístico valenciano*, Valencia: Tirant lo Blanch, 1999 (2ª edición), pág. 463.

Recapitulando su concepto y finalidades, Parejo Alfonso y Blanc Clavero describen la transferencia de aprovechamiento del siguiente modo:

“(...) es técnica para la obtención gratuita de suelo para la Administración, a la vez que permite a los propietarios de terrenos sin aprovechamiento objetivo (por estar destinado a dotación pública: parques, viales) participar en el proceso de gestión urbanística, en términos de libertad de mercado. El propietario de suelo de cesión cede éste a la Administración y obtiene aprovechamiento objetivo edificable en otra parcela distinta, ubicada en cualquier otro lugar, cerca o lejos. Para ello tiene que alcanzar un acuerdo con el propietario de la parcela edificable. Este segundo propietario no puede edificar su parcela hasta que compense su «excedente de aprovechamiento». El derecho al aprovechamiento que el Plan confiere al propietario de la parcela edificable (aprovechamiento subjetivo) es menor que la edificabilidad real (aprovechamiento objetivo) de su terreno. Para poderlo edificar ha de saldar esa diferencia compensando el «excedente» con una cesión de terrenos a la Administración. Para ello alcanza un acuerdo voluntario con otro propietario (el del suelo de cesión). El acuerdo puede consistir en repartirse el aprovechamiento edificable en la parcela cediendo el terreno de cesión; puede ser una auténtica reparcelación o basarse en un acuerdo indemnizatorio entre los afectados”⁶.

1.2. El aprovechamiento urbanístico.

1.2.1. Concepto.

Nos centramos a partir de aquí en la concreta regulación de las transferencias de aprovechamiento en la Ley 16/2005, de 30 de diciembre, Urbanística Valenciana (“LUV”). Pero antes de entrar en su régimen jurídico, conviene hacer una somera explicación de lo que se entiende por aprovechamiento urbanístico y de sus diferentes tipos (objetivo, subjetivo y tipo), porque del juego entre ellos es del que puede derivar un excedente de aprovechamiento cuya compensación pueda propiciar la transferencia.

⁶ Op. cit., pág. 461.

El derecho a edificar fue y sigue estando reconocido en términos amplísimos por el artículo 350 del Código Civil, como facultad intrínseca de la propiedad del suelo, que ese precepto solo limita expresamente en lo que sea menester para salvar las servidumbres y por lo dispuesto en la legislación sobre minas y aguas y en los reglamentos de policía. Dos artículos antes, el Código Civil define la propiedad en general como *“el derecho de gozar y disponer de una cosa, sin más limitaciones que las establecidas en las leyes”*. Como nos recuerda Jiménez Linares, ante estas formulaciones legales la interpretación del concepto de propiedad del suelo *“ha estado ligada, durante mucho tiempo, al aforismo «cuius est solum, eius est usque ad sidera, usque ad inferos»”*. Sin embargo, *“el concepto individualista de la propiedad que en él late se ha visto desplazado de su posición de principio rector a medida que nuevas necesidades fueron separando y distinguiendo el interés individual y el interés social, atribuyendo a este último el papel hasta entonces asignado al primero”*. Hoy, la función social como delimitadora del contenido del derecho a la propiedad privada está consagrada en el artículo 33.2 de la Constitución. En lo que se refiere concretamente a la propiedad inmobiliaria, la transformación de su concepto *“en gran medida, ha venido de la mano de leyes urbanísticas”*⁷.

Recordemos que, de acuerdo con la doctrina general expuesta en el fundamento jurídico décimo de la Sentencia del Tribunal Constitucional de 20 de marzo de 1997 (TOL 9294), se reconoce al Estado capacidad legislativa para regular *“la adquisición del contenido urbanístico susceptible de apropiación privada, su valoración, los presupuestos previos (...) para que pueda nacer el derecho de propiedad privada (...), así como los deberes que sean inherentes a cada manifestación del dominio”*. Probablemente, el precepto que plasma hoy con mayor claridad este principio es el artículo 7 del Texto Refundido de la Ley de Suelo, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio (“**TRLS**”):

“1. El régimen urbanístico de la propiedad del suelo es estatutario y resulta de su vinculación a concretos destinos, en los términos dispuestos por la legislación sobre ordenación territorial y urbanística.

⁷ JIMÉNEZ LINARES, M^a. Jesús: *El Derecho al Aprovechamiento Urbanístico*, Pamplona: Aranzadi, 1997, págs. 19, 32 y 33.

2. La previsión de edificabilidad por la ordenación territorial y urbanística, por sí misma, no la integra en el contenido del derecho de propiedad del suelo. La patrimonialización de la edificabilidad se produce únicamente con su realización efectiva y está condicionada en todo caso al cumplimiento de los deberes y el levantamiento de las cargas propias del régimen que corresponda, en los términos dispuestos por la legislación sobre ordenación territorial y urbanística”⁸.

El diseño del estatuto jurídico de la propiedad del suelo gira en torno al principio de equitativa distribución de beneficios y cargas, de modo que debe garantizar la atribución a los propietarios de facultades y deberes con un contenido esencial análogo (arts. 8.c y 9.3 TRLS). Técnicamente, la institución con la que se consigue ese reparto equilibrado es la del aprovechamiento urbanístico. Se trata de un bien inmaterial, de naturaleza real, que faculta a su titular a edificar sobre un terreno e incorporar lo construido a su patrimonio, previo cumplimiento de las obligaciones establecidas por la ley y el planeamiento. El aprovechamiento urbanístico es, pues, un concepto abstracto que expresa el potencial edificatorio de un sector o de una parcela, aunque no concreta el uso al que se puede dedicar la construcción (otro concepto distinto, el de edificabilidad, es el que añade el uso al aprovechamiento, como se expondrá en el apartado siguiente)⁹. En definitiva, el aprovechamiento es el beneficio urbanístico genérico que el plan atribuye al propietario, para propiciar el disfrute de las facultades consustanciales a su derecho de propiedad, pero también para que financie, en contrapartida, el levantamiento de las cargas de urbanización que le son exigibles.

Solo los propietarios de suelo urbano y urbanizable tienen derecho al aprovechamiento urbanístico. Por el contrario, en el suelo clasificado como no urbanizable, más allá de los usos característicos (agrícola, cinegético, forestal, etc.), únicamente podrán autorizarse actos y usos

⁸ Volviendo al apotegma latino arriba transcrito, el artículo 8.2 del TRLS dispone expresamente que las facultades propias del derecho de propiedad del suelo “alcanzarán al vuelo y al subsuelo (pero) sólo hasta donde determinen los instrumentos de ordenación urbanística, de conformidad con las leyes aplicables y con las limitaciones y servidumbres que requiera la protección del dominio público”.

⁹ Por dar un paso más en la definición, aclaremos que a la hora de considerar el aprovechamiento urbanístico no deben entenderse incluidos los elementos constructivos que el planeamiento excluya del cómputo de edificabilidad, tales como semisótanos, voladizos, marquesinas o similares (art. 234 del Reglamento de ordenación y gestión territorial y urbanística, aprobado por Decreto 67/2006, de 12 de mayo -“ROGTU”-).

específicos que sean de interés público o social por su contribución a la ordenación y el desarrollo rurales, o porque hayan de emplazarse en el medio rural, con carácter excepcional y por el procedimiento y con las condiciones previstas en la legislación de ordenación territorial y urbanística de cada comunidad autónoma.

1.2.2. Distinción entre aprovechamiento urbanístico y edificabilidad.

El concepto de aprovechamiento urbanístico no coincide con el de edificabilidad. El primero es una magnitud que se expresa en “unidades de aprovechamiento”, esto es, en metros cuadrados de techo edificables referidos a un uso característico predeterminado por el plan para un determinado ámbito territorial (v. gr., el uso residencial). Se trata, por tanto, de unidades de valor homogéneo, porque solo consideran ese uso principal. En consecuencia, posibilitan la realización y cumplimiento del principio de equidistribución, por cuanto el reparto de los beneficios del plan -del aprovechamiento- se verifica adjudicando esas unidades homogéneas entre los propietarios (es decir, atribuyendo virtualmente unidades de aprovechamiento del uso característico a los propietarios).

Por su parte, la edificabilidad supone un paso más en la gestión urbanística. Expresa el potencial edificatorio de un sector o de una parcela en metros cuadrados, no ya del uso característico, sino de cada uno de los distintos usos admitidos por el planeamiento. Es como si al aprovechamiento se le pusiera el “apellido” del uso (lo que se puede construir -en cantidad- para destino residencial, para comercial, etc.). El valor de mercado de cada uso suele ser distinto (en condiciones normales, tiene mucho más valor de mercado un metro cuadrado de techo residencial situado en primera línea de playa que un metro cuadrado de techo industrial localizado en el interior de un polígono). En consecuencia, a la hora de calcular las edificabilidades deben ponderarse esas diferencias, para asegurar de ese modo el cumplimiento del reparto equitativo de los beneficios del plan. A tal efecto, deben aplicarse los llamados “coeficientes de homogeneización o de ponderación”¹⁰. Estos coeficientes son los “factores” que, ponderando el distinto valor económico que tiene cada uso de los previstos en el plan, convierten el aprovechamiento genérico en edificabilidad de cada uno de esos usos. La concreción del aprovechamiento en edificabilidad se materializa en el proyecto de

¹⁰ El artículo 198 del ROGTU contiene una regulación de lo que se acaba de explicar.

reparcelación, que asigna a cada parcela la edificabilidad del uso que le corresponde. Un ejemplo de lo que se está explicando podría ser el siguiente:

A una parcela le corresponden 100 unidades de aprovechamiento de uso característico (v. gr., industrial). El uso característico o global, al actuar como referencia a la hora de ponderar el valor de los usos y traducir el aprovechamiento en edificabilidad de cada uno de estos, tiene asignado el coeficiente 1. En consecuencia, la edificabilidad industrial de esa parcela será de 100 metros cuadrados de techo. Si en ese momento y lugar el valor del uso residencial fuese el doble que el del uso industrial, el coeficiente de ponderación debería establecerse en el 0'5, por lo que la edificabilidad residencial de la parcela del ejemplo será de 50 metros cuadrados de techo. Por último, es posible que el uso comercial se considere que tiene un valor superior en un 30% al industrial, por lo que el coeficiente de ponderación deberá fijarse en el 0'7, de modo que en la parcela de marras podrían construirse 70 metros cuadrados de techo comercial.

En nuestra opinión, la regulación de los coeficientes de ponderación prevista en el ROGTU presenta contradicciones internas, referidas tanto al momento como al instrumento idóneos para su determinación. Sin embargo, de la lectura detenida de sus preceptos puede concluirse lo siguiente:

- (i) En un primer momento, cuando se calcula el aprovechamiento tipo, el planeamiento general debe fijar y aplicar los coeficientes correctores necesarios para ponderar las diferencias de valor de los usos permitidos dentro de una misma área de reparto (art. 34.c, en relación con el 35.1.h “in fine”, de la LUV)¹¹.

¹¹ De conformidad con los artículos 55 de la LUV y 112 y 113 del ROGTU, “*el área de reparto es el conjunto de terrenos respecto de los que el Plan General determina un mismo aprovechamiento tipo. Mediante el área de reparto se objetiva el principio de justa distribución de beneficios y cargas*”.

Las áreas de reparto en suelo urbanizable y urbano no consolidado coinciden con uno o varios sectores completos más los suelos dotacionales de destino público externos, de la red primaria o estructural, que el plan adscriba (esto último no es obligado en el caso de las áreas de reparto en suelo urbano no consolidado). En suelo urbano consolidado, en defecto de previsión expresa del plan, cada parcela de destino privado constituye un área de reparto, junto con el suelo dotacional colindante que le confiere la condición de solar (generalmente, el tramo de vial que discurre por el frente de fachada).

El desarrollo reglamentario parece exigir la aplicación de coeficientes de ponderación en el cálculo del aprovechamiento tipo solo a efectos de corregir “*rendimientos económicos muy diferentes*” (art. 119.1 ROGTU). El apartado 3 de este artículo precisa que la ponderación procede, en todo caso, en los supuestos en que dentro de los usos previstos se encuentre el de vivienda protegida, donde la diferencia de valor será siempre significativa por la mera aplicación de los módulos de precio de venta, tasados por ley, para este tipo de viviendas.

- (ii) En un segundo estadio, a la hora de formular el proyecto de reparcelación, es cuando deben establecerse definitivamente los coeficientes de homogeneización (arts. 119.5 y 407 ROGTU). En estos preceptos ya no se circunscribe la aplicación de los coeficientes al supuesto de rendimientos económicos muy diferentes, sino que esa posibilidad se extiende a cualquier diferencia que tenga su origen en la distinta localización, uso o tipología de los terrenos.

El desarrollo reglamentario ha suscitado dudas sobre su legalidad, en la medida en que establece la posibilidad de que el proyecto de reparcelación incluso recalculase los coeficientes fijados por el plan. A favor de esta novedad diremos que, desde un punto de vista sustantivo, es mucho más correcto ponderar las diferencias de valor en el momento legalmente procedente para ello, que es el de exposición al público del proyecto de reparcelación, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 21.2.a) del TRLS y 405 del ROGTU. Pero la variación del plan por un instrumento cuya función es estrictamente la de su ejecución probablemente esté vulnerando el principio de jerarquía normativa. Esta teórica anomalía podría salvarse si el plan general fijase los coeficientes de ponderación mediante horquillas, o de forma provisional o preliminar, habilitando al proyecto de reparcelación para su concreción en el momento idóneo para llevar a cabo las valoraciones urbanísticas. Otro debate es, insistimos, si la propia previsión del artículo 407 del ROGTU vulnera el principio de legalidad o puede interpretarse como un desarrollo técnico de la LUV.

- (iii) Finalmente, debemos señalar la necesidad de ponderar las evidentes diferencias de valor existente en las actuaciones urbanísticas reclassificadoras de suelo no urbanizable común, en las que es necesaria la cesión de suelo no urbanizable protegido y la incorporación de los propietarios de este último a la reparcelación del sector

reclasificado (art. 13.6 de la Ley 4/2004, de 30 junio, de Ordenación del Territorio y Protección del Paisaje). En estos supuestos, el artículo 20.4 del ROGTU exige la ponderación de las diferencias de valor existentes entre los suelos urbanizables reclasificados y los no urbanizables protegidos que se han cedido (v. las reglas específicas establecidas en el artículo 123.2 del ROGTU).

Por último, conviene señalar a efectos aclaratorios que el ROGTU no siempre maneja con propiedad los conceptos de edificabilidad y aprovechamiento. Así, el artículo 198 define el concepto de “*edificabilidad bruta*” cuando, en realidad, la definición se corresponde con la del aprovechamiento urbanístico (de hecho, dice el precepto que la edificabilidad bruta se puede medir en metros cuadrados de techo o en unidades de aprovechamiento).

1.2.3. Clases de aprovechamiento urbanístico.

En realidad, más que a distintas clases de aprovechamiento, resulta más apropiado referirse a los distintos significados que este puede adoptar en atención a su función dentro del esquema legal urbanístico (art. 34 LUV). No obstante, la ley define cuatro modalidades de aprovechamiento: el objetivo, el tipo, el subjetivo y el “excedente”.

1.2.3.1. Aprovechamiento objetivo.

El aprovechamiento objetivo, también llamado aprovechamiento real, se define como el número total de metros cuadrados que el planeamiento permite o exige construir y destinar a uso privado en un ámbito determinado (sea una manzana, un solar o un sector). En definitiva, nos estamos refiriendo al conjunto de metros cuadrados edificables permitida por el plan. Pero, como veremos al hablar del aprovechamiento subjetivo, no todo ese aprovechamiento real es siempre patrimonializable por el propietario del suelo.

1.2.3.2. Aprovechamiento tipo.

El aprovechamiento tipo es definido por la LUV (impropiamente) como la edificabilidad unitaria que el plan atribuye a todos los suelos incluidos en una misma área de reparto. La finalidad de delimitar áreas de reparto es, precisamente, la de identificar bolsas de suelo con características homogéneas, a cuyos propietarios el plan atribuye los mismos beneficios, en términos de aprovechamiento proporcionalmente idéntico, verificándose así el cumplimiento del principio urbanístico de equidistribución de beneficios y cargas (arts. 55 y 56 LUV).

El aprovechamiento tipo sirve para que todos los propietarios incluidos en un área de reparto tengan derecho a un mismo aprovechamiento, independientemente del número total de metros cuadrados de techo que el plan permita materializar en sus fincas (aprovechamiento objetivo). De este modo, dentro de una misma área de reparto, tanto el propietario del suelo en el que se localiza el parque público, como el dueño del terreno en el que el plan admite la edificación de un bloque de siete alturas, serán adjudicatarios de un aprovechamiento homogéneo, proporcional a la superficie de su terreno de origen, gracias al aprovechamiento tipo que los iguala en derechos.

1.2.3.3. Aprovechamiento subjetivo.

El aprovechamiento subjetivo, o susceptible de apropiación, se define como el número total de metros cuadrados que el planeamiento permite patrimonializar a los propietarios, siempre que costeen las cargas de urbanización generales que les correspondan. En consecuencia, el aprovechamiento subjetivo es el que define el contenido urbanístico lucrativo del derecho de propiedad del suelo. La cuantía del aprovechamiento subjetivo se calcula restando el excedente de aprovechamiento, definido a continuación, al aprovechamiento tipo fijado por el plan.

1.2.3.4. Excedente de aprovechamiento.

El excedente de aprovechamiento es el resultado, siempre de signo positivo, de restar al aprovechamiento total que teóricamente se puede materializar en un terreno -aprovechamiento objetivo-, el aprovechamiento que el propietario puede patrimonializar y hacer suyo -aprovechamiento subjetivo-.

El excedente puede aparecer porque el plan atribuya expresamente a una parcela un aprovechamiento objetivo y un aprovechamiento subjetivo determinados, donde este sea menor que aquel; o bien como consecuencia de los deberes legales de cesión obligatoria y gratuita en favor de la Administración. En la Comunidad Valenciana los propietarios tienen el deber de ceder, con carácter general y sin perjuicio de determinados supuestos especiales, el 10% del aprovechamiento tipo en suelo urbanizable (art. 23.b LUV) y el 5% en suelo urbano (art. 21.2 LUV, tras la modificación introducida por el art. 1 del Decreto-Ley de 27 de junio de 2008).

Además, y aun cuando el plan no lo exprese, toda parcela urbana que todavía tenga pendiente la cesión del suelo dotacional colindante necesario para atribuirle al condición de solar, tendrá como excedente el aprovechamiento que permita esa cesión gratuita (art. 56.6 LUV). La razón de ser de este excedente es la de permitir la obtención por el Ayuntamiento de la porción del suelo que está calificado como dotacional, mediante la concentración de su aprovechamiento subjetivo en la parte edificable de ese suelo. Dicho con otras palabras, en esas parcelas edificables debe existir una diferencia positiva entre su aprovechamiento objetivo y su aprovechamiento subjetivo, de tal forma que ese mayor aprovechamiento real permita la atribución de derechos al propietario del suelo dotacional colindante, si es distinto, o al mismo propietario si se trata de una parcela calificada en parte como dotacional y en parte como edificable; pero, en cualquier caso, la posibilidad de llegar a edificar ese aprovechamiento “excedentario” depende de la cesión gratuita del suelo dotacional.

A la hora de fijar el aprovechamiento tipo en los sectores de suelo urbanizable existen dos reglas básicas: no puede superar el aprovechamiento objetivo y debe guardar cierta proporcionalidad con este. A estos efectos, la Ley permite que el aprovechamiento tipo se iguale a la baja, en relación con el aprovechamiento objetivo de los distintos sectores, generando así mayores excedentes en los sectores con más aprovechamiento, con el fin de imputarles mayores cesiones. A continuación se ofrece un ejemplo que ilustra la aplicación de las reglas anteriores y justifica la generación del excedente de aprovechamiento.

Tomamos como hipótesis un área de reparto con un aprovechamiento tipo de 0'4, que englobe tres sectores de suelo urbanizable con un aprovechamiento objetivo diferente: 0'6 el sector A, 0'5 el sector B y 0'4 el sector C. No obstante, como se ha explicado, los propietarios de suelo en los tres sectores tendrán el mismo aprovechamiento subjetivo, que será el siguiente:

Aprovechamiento tipo (0,4) - 10% del aprovechamiento tipo (0,04) = 0,36

Por esta razón, y al tener atribuido cada uno de los sectores un aprovechamiento objetivo distinto, los excedentes de aprovechamiento también son diferentes, precisamente para que se cumpla el principio de perecuación de beneficios y cargas:

- (i) En el sector A, el excedente será de 0,24 [aprovechamiento objetivo (0,6) - aprovechamiento subjetivo (0,36)].
- (ii) En el sector B: $0,5 - 0,36 = 0,14$.
- (iii) En el sector C: $0,4 - 0,36 = 0,04$.

Como se comprueba en el ejemplo, en todos los sectores existe excedente de aprovechamiento suficiente para cumplir el deber legal de ceder el diez por cien de aprovechamiento en favor de la Administración, obligación que alcanza a todos los propietarios de suelo urbanizable. Además de esta cesión del diez por cien, los titulares de terreno en estos sectores deberán compensar el “resto” de excedente que se ha calculado. Para ello, la Administración urbanística podrá imputar (“adscribir”) a los sectores suelos dotacionales de red primaria externos, incluyéndolos en el área de reparto (incluso aunque no estén clasificados como suelo urbanizable). A falta de esa adscripción expresa en el plan, podrá acudir, precisamente, a la técnica de las transferencias de aprovechamiento. Es decir, la parte del excedente de aprovechamiento de esos sectores que exceda del diez por cien de obligada entrega al Ayuntamiento, se podrá dedicar a materializar el aprovechamiento subjetivo de propietarios de suelos dotacionales externos, que no generan aprovechamiento objetivo pero que sí dan derecho al mismo aprovechamiento tipo que cualquier otro suelo incluido en el área de reparto¹².

1.3. Requisitos legitimantes de las transferencias de aprovechamiento urbanístico.

De la regulación de las transferencias, contenida en el artículo 185 de la LUV, pueden extractarse los requisitos que se señalan a continuación para poderlas hacer efectivas.

¹² En realidad, la cuestión es más compleja, como veremos en el apartado 2.3.3. De momento, avanzamos que la regulación concreta de los mecanismos de compensación del excedente de aprovechamiento se encuentra en los artículos 171.4 de la LUV y 400 del ROGTU.

1.3.1. Requisitos sustantivos: características de las parcelas afectadas y del aprovechamiento transferido.

1.3.1.1. Parcela que origina el aprovechamiento a trasvasar.

La hipótesis tradicional tiene como premisa un terreno de origen que el plan clasifica como suelo urbano y califica como dotación pública. Pero también cabe la transferencia de aprovechamiento de una finca clasificada como suelo urbanizable y, en teoría, resulta indiferente que el destino asignado por el plan a la parcela cuyo aprovechamiento se transfiere sea público o privado. Tampoco es impedimento el hecho de que esta parcela y la que recibe el aprovechamiento estén adscritas a diferentes áreas de reparto.

La única condición de partida es que la finca de origen tenga aprovechamiento subjetivo que pueda transferirse. Al respecto, hay una regla específica para los suelos urbanos con destino dotacional público, que no estén incluidos en unidades de ejecución y para los cuales el plan no haya atribuido aprovechamiento objetivo (que constituyen el presupuesto más habitual de las transferencias): esos suelos tendrán el resultante de la media ponderada de los aprovechamientos referidos al uso predominante del polígono fiscal en el que estén incluidos (arts. 55.2.d LUV y 113.3 ROGTU).

Pese a que en la mayoría de ocasiones la parcela de origen estará calificada como dotación pública, nada impide que la transferencia tenga como presupuesto una finca de origen que sí tenga atribuido aprovechamiento objetivo y, en consecuencia, que sea apta para ser edificada. Es cierto que se trata de un supuesto de hecho infrecuente, toda vez que si la parcela de origen es edificable lo normal será que su propietario materialice su edificabilidad construyendo sobre el solar. No obstante, en la medida en que la ley permite la transferencia desde parcelas con aprovechamiento objetivo propio, es necesario señalar que, una vez obtenida esa parcela de origen, la Administración podrá edificarla, si es ese su interés, o bien enajenarla a un tercero siguiendo los procedimientos legales. Pensemos, por ejemplo, en una parcela calificada como equipamiento privado (deportivo, asistencial, etc.) o como residencial con destino a vivienda protegida, cuya puesta en funcionamiento y a disposición de sus destinatarios interese a la Administración controlar o impulsar.

1.3.1.2. Parcela de destino del aprovechamiento urbanístico transferido.

Las fincas que pueden recibir la transferencia serán aquellas que presenten un aprovechamiento objetivo -máximo edificable según el plan- superior al aprovechamiento subjetivo que, en principio, puede patrimonializar su propietario. Es decir, debe tratarse de una parcela con un excedente de aprovechamiento.

Expresado en otras palabras y recogiendo la concepción originaria de la institución que transcribíamos en el primer epígrafe, el planificador considera que en esa concreta parcela puede edificarse una determinada cantidad de metros cuadrados, porque por su situación y funcionalidad dentro del núcleo urbano resulta adecuado y asumible. No obstante, ese aprovechamiento objetivo es superior al tipo u homogéneo, que el propio plan ha establecido para todos los terrenos comprendidos en el área de reparto a fin de que a sus propietarios les corresponda, en régimen de igualdad, un aprovechamiento subjetivo idéntico o similar.

No es posible edificar un excedente de aprovechamiento si no se compensa previamente esta “plusvalía urbanística extraordinaria” a la Administración (a la comunidad: art. 47.2º de la Constitución). Una de las modalidades con que la ley permite verificar esa compensación es mediante un acuerdo entre el propietario de una parcela cuya obtención interese a la Administración y el propietario de la finca con excedente, en virtud del cual compensan este excedente a la Administración cediéndole la parcela de origen y se distribuyen el aprovechamiento objetivo de la parcela de resultado que, ahora ya, se puede materializar en su totalidad. Los propietarios también pueden pactar entre ellos una compensación en metálico sustitutiva, total o parcialmente, de la atribución de aprovechamiento en la finca edificable. Como se puede observar, no es más que una modalidad de reparcelación voluntaria.

Para posibilitar esta técnica, en suelo urbano con urbanización consolidada se permite que el aprovechamiento tipo se particularice en referencia a cada parcela neta edificable. En este supuesto, debe concretarse la edificabilidad mínima autorizada, que será susceptible de ser aumentada mediante transferencias voluntarias de aprovechamiento hasta la altura y ocupación máximos permitidos por el plan (arts. 56.4 LUV y 118.1 ROGTU). En este sentido, y en aplicación de lo dispuesto en el artículo 35 de la LOT, se exige que tanto la edificabilidad mínima como la máxima atribuidas a cada parcela resulten viables y adecuadas a la

morfología del entorno urbano, debiéndose regular a tal efecto las condiciones volumétricas y de uso.

1.3.1.3. Cesión de la parcela de origen y paridad de valor entre el aprovechamiento transferido y el excedente compensado.

Para que la transferencia sea válida en derecho, la Ley exige que la parcela de la que se extrae el aprovechamiento sea cedida gratuitamente al Ayuntamiento, libre de cargas y en pleno dominio. Esta finca se incorpora automáticamente al patrimonio municipal de suelo.

De otro lado, la transferencia debe producirse en condiciones de identidad de valor entre el aprovechamiento subjetivo transferido y el excedente compensado. Es necesario ponderar con los criterios fijados en la legislación estatal de suelo el distinto valor (por tipología, uso, localización, etcétera) que pueda existir entre el aprovechamiento que se transfiere desde la parcela de origen y el que se compensa en la parcela de destino de la transferencia.

A este respecto, realmente lo que de forma expresa dispone la LUV es que la regla de equivalencia entre lo transferido y lo adquirido se verificará conforme a las reglas de valoración establecidas por la legislación estatal vigente en la materia, pero si el terreno aún no hubiera sido objeto de programación (art. 185.4). No obstante, a nuestro juicio la normativa estatal debe aplicarse en todos los casos, toda vez que el título III del TRLS se dicta al amparo de una competencia exclusiva del Estado, indisponible por tanto para el legislador autonómico, en virtud de la disposición final 1ª.3 de ese texto y la Sentencia del Tribunal Constitucional 164/2001, de 11 de julio. En este sentido, las transferencias de aprovechamiento se incardinan entre *“las operaciones de reparto de beneficios y cargas u otras precisas para la ejecución de la ordenación territorial y urbanística en las que la valoración determine el contenido patrimonial de facultades o deberes propios del derecho de propiedad”* (art. 21.1.a TRLS), sujetas por tanto a las reglas de valoración de este texto legislativo. Ahora bien, no debe olvidarse que este mismo precepto otorga prioridad, en cuanto a las valoraciones urbanísticas, al acuerdo entre todos los sujetos afectados. Eso sí, en la medida en que uno de ellos es la Administración, en todo caso se deberá motivar suficientemente la corrección de la tasación.

Al hilo de esta cuestión, tras la entrada en vigor del TRLS advertimos la aparición de un posible problema para la aplicabilidad de las transferencias de aprovechamiento en las que

estén implicados suelos urbanizables. Es conocido que, a efectos de valorar el suelo, este texto hace una categorización que se basa en la situación física del terreno y no en su clasificación formal por el plan, al contrario de lo que hacía la anterior ley. De este modo, a la hora de valorarlo, el suelo urbanizable que no esté efectivamente urbanizado se considera suelo rural. Y, como tal, no *“podrán considerarse expectativas derivadas de la asignación de edificabilidades y usos por la ordenación territorial o urbanística que no hayan sido aún plenamente realizados”* (art. 23.2 TRLS). Una interpretación basada en la estricta literalidad del precepto podría llevar a considerar que no se pueden involucrar suelos urbanizables en las transferencias de aprovechamiento, a pesar de que la LUV expresamente habilita esta posibilidad, siempre que se cumplan los requisitos establecidos y, entre ellos, el de la paridad de valor. Este posible escollo legal podría salvarse entendiendo aplicable el artículo 27 del TRLS, que permite tasar el suelo aportado por los propietarios partícipes en una actuación de urbanización por el valor que le correspondería si estuviera terminada la actuación. Como ya se ha indicado, en realidad la transferencia de aprovechamiento es una técnica de equidistribución de beneficios y cargas, una modalidad de reparcelación voluntaria. A estos efectos, en nuestra opinión sí debería entenderse posible valorar el aprovechamiento teórico del suelo no urbanizable.

En cualquier caso, en el expediente deberá quedar constancia de un informe de valoración suscrito por técnico competente, que acredite los valores del aprovechamiento transferido y del compensado.

Según Parejo Alfonso y Blanc Clavero, *“debe haber coincidencia entre el valor del suelo cedido (calculado según lo que resulte de multiplicar su aprovechamiento en metros cuadrados edificables por el valor unitario de repercusión) y el del «excedente» compensado, lo que obligará a aumentar o permitirá reducir la superficie del terreno cedido según la relación entre el valor de las respectivas zonas en que se hallen los terrenos”*¹³. Por su parte, Jiménez Linares se pronuncia de forma favorable a la posibilidad de la transferencia de aprovechamientos a diversos adquirentes, en función de las necesidades de cada uno, sin que sea imprescindible que el aprovechamiento se transmita en bloque a un propietario que precise esa cantidad exacta para compensar su excedente, lo que en la práctica imposibilitaría

¹³ Op. cit., pág. 463.

la funcionalidad de la institución¹⁴. Por el mismo motivo, no vemos inconveniente en que parte de la transferencia sea compensada en metálico a la Administración, si el valor del aprovechamiento subjetivo transferido es inferior al del aprovechamiento objetivo compensado (acaso podría aplicarse por analogía la limitación prevista para las permutas en el artículo 112.2 del Reglamento de Bienes de las Entidades Locales, aprobado por Real Decreto 1372/1986, de 13 de junio, en virtud del cual la diferencia de valor entre los bienes no puede exceder del cuarenta por cien del que lo tenga mayor).

1.3.2. Requisitos adjetivos: formalización en escritura pública, aprobación administrativa de la transferencia de aprovechamiento urbanístico e inscripción en el Registro de la Propiedad

1.3.2.1. Otorgamiento de escritura pública.

La LUV exige que el acuerdo entre el propietario de la parcela de origen y el de la parcela de destino se formalice en escritura pública, y que se protocolicen planos en los que quede reflejada la localización y las dimensiones de las fincas implicadas.

1.3.2.2. Aprobación.

Para que la transferencia despliegue sus efectos no es suficiente con la existencia de acuerdo entre los propietarios afectados, sino que, además, es preceptiva la aprobación del Ayuntamiento, que está legitimado para denegarla cuando sea inadecuada para el desarrollo del plan (apartados 2.1º y 3.2º “in fine” del art. 185 de la LUV). Eso sí, el Ayuntamiento deberá motivar por qué se produce esta circunstancia determinante de la desestimación.

En nuestra opinión, la competencia para aprobar las transferencias de aprovechamiento corresponde al Alcalde, porque, más que ante un contrato de compraventa o asimilado, estamos ante un instrumento de gestión urbanística: una suerte de reparcelación voluntaria (art. 21.1.j de la Ley 7/1985, de 2 de abril, de Bases del Régimen Local).

1.3.2.3. Inscripción registral.

Asimismo, es preceptivo que la transferencia de aprovechamiento se inscriba en el Registro de la Propiedad, haciéndose constar la incorporación de los terrenos cedidos al patrimonio municipal de suelo (art. 185.2.2º LUV). En palabras de Laso Martínez y Laso Baeza, “*las*

¹⁴ Op. cit., págs. 211-212.

transferencias de aprovechamiento, su distribución o adquisición, cualquiera que sea su origen y siempre y cuando quede definido el aprovechamiento urbanístico para una finca, para su validez necesitan, como requisito constituyente, según entendemos, la inscripción en el Registro de la Propiedad” [subrayado nuestro]¹⁵.

La transferencia es objeto de inscripción en el folio de la finca de destino y de anotación al margen de la última inscripción de dominio en la parcela de origen (arts. 1.2, 33 y 34 de las Normas complementarias al Reglamento para la ejecución de la Ley Hipotecaria sobre inscripción en el Registro de la Propiedad de actos de naturaleza urbanística, aprobadas por Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio -“**RD 1093/1997**”-). En los asientos que se practiquen se harán constar, además de las circunstancias generales, las siguientes:

1. Número de unidades de aprovechamiento que corresponde a cada una de las fincas afectadas antes de la transmisión o distribución.
2. Cuantía del aprovechamiento transmitido o distribuido, proporción que se le atribuya en relación al de la finca de destino y cuantía del aprovechamiento a que queda reducida la finca de origen.
3. Determinación de los derechos inscritos de las fincas de origen y de destino que no queden afectados por la transmisión o distribución de aprovechamiento.
4. Determinación de los derechos inscritos que se trasladan en todo o en parte de la finca de procedencia a la finca de destino.

1.3.3. Particularidades si la transferencia de aprovechamiento tiene origen o destino en suelo urbanizable.

Con las prevenciones expuestas en el apartado 1.3.1.3, en principio es posible que la parcela de la que se extrae el aprovechamiento a transferir esté clasificada como suelo urbanizable. Cuando esto sucede, el Ayuntamiento actuará como propietario del terreno cedido en la posterior gestión del sector donde se halle (art. 185.5.1º LUV).

¹⁵ LASO MARTÍNEZ, José Luis; LASO BAEZA, Vicente: *El aprovechamiento urbanístico*, Madrid: Centro de Estudios Hipotecarios de Cataluña; Marcial Pons, Ediciones Jurídicas, S.A., 1995, págs. 209-210.

A la inversa, si lo que ocurre es que con la transferencia se pretende compensar un excedente en suelo urbanizable, será necesario que el agente urbanizador del sector correspondiente “suscriba la propuesta junto a los propietarios afectados” (art. 185.5.2º LUV, en relación con el 171.4 de esa misma ley y el 400 del ROGTU). En realidad, el precepto debe estar refiriéndose al propietario de la finca cedida, porque no parece que sea razonable que todos los propietarios del sector de suelo urbanizable deban suscribir la escritura de transferencia. De todos modos, en los términos que se desarrollarán en el apartado 2.3.3, la capacidad del urbanizador para negarse a “consentir” la transferencia es limitada.

2. Reservas de aprovechamiento urbanístico.

2.1. Concepto y función.

En la práctica, es frecuente que cuando a la Administración le interesa obtener una dotación pública cuyo aprovechamiento subjetivo interese transferir, este no pueda aplicarse en ese mismo momento, bien por no existir ningún excedente susceptible de ser compensado con el aprovechamiento de la parcela a ceder, o bien porque no se logre el acuerdo con el propietario de la posible parcela o con el urbanizador de la unidad de ejecución que presenten ese excedente. Es más, aunque se logre ese acuerdo, es difícil que el aprovechamiento a transferir coincida exactamente con el excedente a compensar y, en este supuesto, puede ocurrir que no interese compensar en dinero la diferencia. En esos supuestos es donde puede jugar un papel útil otra técnica de gestión urbanística complementaria a la transferencia: la reserva de aprovechamiento urbanístico. En su virtud, la Administración obtiene por cesión y de forma anticipada el suelo dotacional, del que se desagrega el aprovechamiento, que retiene el propietario cedente a efectos de transferirlo cuando se den las condiciones que lo permitan.

2.2. La reserva de aprovechamiento urbanístico como posible fórmula de pago en especie del justiprecio expropiatorio.

La técnica de gestión urbanística que ahora estamos comentando se puede combinar con el mecanismo de la expropiación forzosa, de modo que la reserva y posterior transferencia del aprovechamiento generado por una finca expropiada suponga el pago en especie del justiprecio¹⁶. De hecho, se trata del supuesto típico en el que tiene lugar la reserva: la

¹⁶ CHINCHILLA PEINADO, J.A.: “El convenio expropiatorio”, La Ley, pág. 230: “Frente a la regulación del art. 48 LEF, el art. 30 del TRLS posibilita que dicho pago se efectúe, en las expropiaciones por razón de la ordenación territorial o urbanística, en especie si media acuerdo con el expropiado.”

Administración pretende obtener un suelo dotacional no incluido en ninguna unidad de ejecución, o bien antes de que se desarrolle la actuación urbanística en cuyo seno se verificaría la cesión gratuita; a tal efecto, inicia un procedimiento de expropiación forzosa o de ocupación directa de la finca en cuestión. En este contexto, la posibilidad de acordar de mutuo acuerdo el importe del justiprecio y la modalidad de pago está plenamente reconocida por la Ley (art. 24 de la Ley de Expropiación Forzosa) y por la doctrina jurisprudencial y científica¹⁷.

La forma de instrumentar estos pactos es a través de los denominados “convenios expropiatorios”. Se trata de una transacción entre Administración expropiante y particular expropiado, que puede tener una pluralidad de objetos: (i) la propia transmisión del bien (que de privación coactiva pasaría a entrega voluntaria); (ii) el procedimiento a seguir para determinar el justiprecio (por acuerdo que haga innecesaria la incoación de la pieza separada y la intervención del Jurado Provincial de Expropiación Forzosa); (iii) el importe del justiprecio; o (iv) la forma de compensar al sujeto expropiado (se puede acordar la sustitución del pago en dinero por un justiprecio en especie). En efecto, es perfectamente posible celebrar un convenio sobre qué va a recibir el expropiado para obtener el equivalente económico del bien que debe ser transmitido a la Administración:

“(...) se trata de un negocio jurídico que incide en un procedimiento expropiatorio, justamente en el momento en que se trata de llevar a efecto la determinación del justiprecio del derecho expropiado [lo que] nos coloca ante una situación en la que la autonomía de la voluntad de estos sujetos puede desenvolverse con la misma libertad de movimientos con que se podría actuar conforme al Código Civil (art. 1255)” (STS de 3 de junio de 1963)¹⁸.

¹⁷ “(...) este acuerdo, que se manifiesta por la adhesión del particular a la expropiación, es un negocio jurídico de derecho administrativo, un convenio que tiene por finalidad concretar la cuantía del precio de adquisición derivado de la expropiación, haciendo innecesaria la intervención decisoria del Jurado pero sin que el mutuo acuerdo excluya la existencia de una verdadera expropiación, quedando sin efecto las actuaciones que pudieran haberse verificado relativas a la determinación del justiprecio” (STS de 1 de octubre de 1991, RJ 1991/6946).

¹⁸ Por su parte, el Consejo de Estado ha afirmado en su Dictamen de 19 de febrero de 1998 (expte. nº 1093/97):

“La finalidad del justiprecio no es otra que la compensación al expropiado por los efectos lesivos derivados del acto expropiatorio, mediante la entrega del equivalente económico. Desde esta perspectiva, aun cuando la regla viene constituida por el pago del justiprecio en dinero, a la estipulación de una indemnización en especie o de

La posibilidad de satisfacer el justiprecio en especie, siempre que haya acuerdo con el expropiado, viene hoy recogida asimismo en el artículo 30.1 “in fine” del TRLS. Su antecedente, el artículo 37 de la Ley 6/1998, de 13 de abril, sobre el régimen del suelo y valoraciones, era más concreto, al referirse a la posibilidad de sustituir el justiprecio en metálico por “*la adjudicación de terrenos de valor equivalente*”. Sin embargo, el Tribunal Constitucional, en su Sentencia 164/2001, de 11 de julio, puso de manifiesto que la fórmula alternativa puede consistir en la atribución de aprovechamiento urbanístico:

“(...) es claro que, entendido el art. 37 LRSV como garantía del expropiado, la modalidad de pago en terrenos es sólo una de las posibles. En forma alguna opta el art. 37 por una forma de pago en especie típicamente urbanística (terrenos de valor equivalente) impidiendo otras (así, mediante aprovechamientos urbanísticos o derechos de superficie). Con consentimiento del expropiado el pago en especie podrá satisfacerse con cualquier objeto; sin consentimiento del expropiado sólo es posible el pago en dinero” [subrayado nuestro].

Es más, cabe que el convenio sea híbrido, expropiatorio y de planeamiento, de modo que la modalidad de pago del justiprecio mediante atribución de aprovechamiento urbanístico se condicione a la aprobación del planeamiento de un determinado sector de suelo, al que se vincula la transferencia del aprovechamiento subjetivo del terreno expropiado que ahora se reserva el particular. Esta concreta fórmula ha sido reconocida por la doctrina especializada:

“El acuerdo no resulta simplemente de la aceptación (tácita) de la oferta de la Administración, sino de un proceso complejo de negociación. El contenido del convenio tampoco es, consecuentemente, sencillo ni se limita a la aplicación al caso de un contrato-tipo. Lo normal es que se establezcan fórmulas de

naturaleza mixta (dineraria y en especie) no cabe oponer las determinaciones de la legislación expropiatoria, siempre que tal estipulación sea consecuencia del libre concierto de voluntades entre Administración expropiante y expropiado y responda, por ende, a un convenio expropiatorio de adquisición por mutuo acuerdo. Los pactos y estipulaciones definidores de los derechos y obligaciones que asumen las partes en virtud del convenio expropiatorio están obviamente subordinados a las normas y principios superiores del Ordenamiento jurídico [...]. Cuando los pactos y condiciones estipuladas no rebasen, por tanto, los límites legalmente estatuidos en tal precepto, las cláusulas serán admisibles y conformes a Derecho. Por todo ello, la estipulación de una indemnización expropiatoria no representada en todo o en parte mediante una cantidad dineraria constituye un pacto admisible en Derecho, siempre que responda a una voluntad concordada expresada por las partes. Lo que obviamente no sería admisible sería compeler al expropiado a recibir el justiprecio en especie o en forma distinta a la indemnización dineraria, en contra de su parecer” [subrayado nuestro].

compensación complejas y adaptadas al bien específico de que se trate y al resto de actividades de su propietario: permutas, transferencias de edificabilidad vinculadas a la producción futura de actos por parte de la Administración expropiante, etc.”¹⁹.

El Tribunal Supremo ha avalado el reconocimiento de edificabilidad como compensación expropiatoria en multitud de sentencias, destacando las de 29 de marzo de 1984 (RJ 1984/1448) y 21 de octubre de 2002 (RJ 2002/10688). En ellas, además, se indica que, ante la imposibilidad de materializar esa edificabilidad por razones urbanísticas (por ejemplo, porque no pueda llegarse a aprobar el plan que desarrolle el sector que iba a recibir el aprovechamiento reservado), siempre cabe ejecutar el convenio sustituyendo la compensación en especie por cantidad líquida.

2.3. Requisitos que legitiman una reserva de aprovechamiento.

2.3.1. Origen de la reserva.

Según se ha expuesto en el epígrafe 1.3.1.1, en la regulación de las transferencias la LUV dispone expresamente que no obsta para su validez el destino urbanístico público o privado de la finca cedida. Por el contrario, en su artículo 186 limita expresamente la posibilidad de la reserva de aprovechamiento, refiriéndolo únicamente al procedente de parcelas con destino dotacional que se transmitan al dominio público. No acaba de entenderse el motivo de esta condición, máxime cuando el propio precepto instituye la reserva como un “trámite” preliminar para la posterior transferencia. Lo que en todo caso sí parece admitirse también para la reserva es que el suelo a ceder pueda estar clasificado como urbanizable, y no necesariamente como urbano.

Como decíamos, la reserva está pensada, especialmente, para el supuesto de expropiación forzosa en la que el propietario renuncia a percibir el justiprecio en metálico y, en sustitución, acuerda con la Administración expropiante reservarse el aprovechamiento subjetivo de su

¹⁹ HUERGO LORA, A.: “Los convenios expropiatorios”, en la obra colectiva *Los convenios urbanísticos*, Civitas, S.A., pág. 231. En el mismo sentido, ESCUIN PALOP, V.: *Comentarios a la Ley de Expropiación Forzosa*, Madrid: Thomson Civitas, 2004, págs. 248 y s.:

“El justiprecio puede consistir, en el supuesto de un convenio expropiatorio, no sólo en una cantidad líquida de dinero, sino también en la entrega de un bien distinto a éste. En el ámbito urbanístico es frecuente la transformación de terrenos que se entregan a la Administración expropiante en volumen de edificabilidad”

finca, para transferirlo con posterioridad a otra finca o sector que presenten un excedente a compensar. En estos casos, el objeto expropiado se limita a lo que verdaderamente sirve para verificar la causa de utilidad pública o interés social que motiva la expropiación: solo se expropia la superficie de suelo necesaria, por ejemplo, para urbanizar un parque, pero se permite que el propietario original retenga en su patrimonio el aprovechamiento subjetivo, que es el componente inmobiliario desagregado que concentra el valor lucrativo del inmueble²⁰.

Esta posibilidad puede derivar de un acuerdo entre propietario y Administración incluso previo a la expropiación. El origen de la reserva no tiene por qué ser siempre forzoso, sino que puede venir motivado por la mutua conveniencia de anticipar la cesión de un terreno útil para la Administración e improductivo para su propietario.

Pero tampoco hay inconveniente en que, iniciada la expropiación, se plantee durante la tramitación del procedimiento. Así, el particular podrá poner de manifiesto su voluntad de reservarse el aprovechamiento en el trámite de información pública de la lista individualizada de bienes y derechos a expropiar, en cuyo caso, si la Administración está conforme, bastará con que estime la alegación y reduzca el objeto expropiado. Otro momento en que el propietario puede expresar esta prioridad es en el trámite de ocupación del inmueble, haciéndola constar en el acta que se levante; si la Administración la acepta, reducirá el objeto de la expropiación forzosa a cambio de la renuncia por parte del propietario al cobro total o parcial del justiprecio en dinero.

Por último, la LUV enumera determinados supuestos en los que no es aplicable la técnica de la reserva de aprovechamiento urbanístico:

- (i) No procederá si la cesión, aún siendo gratuita, ya se produce en cumplimiento del deber de compensar el excedente de aprovechamiento que presente un terreno (art. 186.1.a.2º).

De este modo, dispone el precepto que no podrá reservarse el aprovechamiento quien efectúe la cesión y, al mismo tiempo, realice una transferencia de ese aprovechamiento.

Ahora bien, no se ve inconveniente en hacer una “reserva parcial”, cuando no se pueda

²⁰ De todos modos, aún en este supuesto el expropiado puede reclamar el pago del justiprecio de las plantaciones o construcciones que, en su caso, ceda con el terreno (art. 186.1.a.3º LUV).

transferir todo el aprovechamiento subjetivo del terreno porque el excedente susceptible de ser compensado sea inferior.

Tampoco puede haber una reserva con ocasión de una reparcelación, donde se producen en unidad de acto todas las operaciones de cesión de suelos dotacionales y compensación de excedente.

- (ii) Tampoco ha lugar a la reserva cuando el suelo dotacional público se adquiere, de forma onerosa, conjuntamente con otros terrenos que presenten excedentes equivalentes al aprovechamiento subjetivo de aquel suelo dotacional, siempre que la expropiación tenga lugar siguiendo el procedimiento de tasación conjunta a precio medio de todos los terrenos (art. 186.1.b.2º LUV). En este supuesto, los excedentes quedan compensados y los justiprecios ponderados.

2.3.2. Sujetos legitimados para hacer reserva de aprovechamiento urbanístico.

La determinación del sujeto titular de la reserva está en función del carácter oneroso o gratuito de la cesión del suelo que origina el aprovechamiento:

- (i) Si la cesión es gratuita, quien se reserva el aprovechamiento es el propietario que renuncia al justiprecio, o que, aun sin mediar expropiación, anticipa la cesión sin transferir a cambio (en ese mismo momento) el aprovechamiento que le corresponde (art. 186.1.a LUV).
- (ii) Cuando la entrega de la finca es onerosa, el propietario se ve compensado con la contraprestación recibida y la reserva de aprovechamiento podrá hacerla quien haya satisfecho la compensación (art. 186.1.b LUV). Generalmente será la propia Administración Pública expropiante.

Pero puede ocurrir que un agente urbanizador costee la obtención de determinados suelos destinados a dotación pública externos al sector y que no estén adscritos a este (en cuyo caso se “transferiría” automáticamente el aprovechamiento al sector). En este supuesto, será el urbanizador el legitimado para reservarse el aprovechamiento correspondiente y transferirlo con posterioridad.

2.3.3. Aprobación administrativa de la reserva de aprovechamiento.

La eficacia de la reserva de aprovechamiento depende de la aprobación por parte del Ayuntamiento (art. 186.2 LUV).

Dice la ley que cuando la reserva tenga su origen en un expediente expropiatorio, la Administración expropiante es quien debe autorizarla. Debió haber aprovechado la ocasión para establecer algún tipo de participación de la administración municipal, que es la que habrá de prever las medidas de índole estrictamente urbanística que permitan aplicar esa reserva mediante la posterior transferencia. Como mínimo, la propia lógica del mecanismo de la reserva parece exigir que el ente local sea consultado de forma preceptiva por la Administración expropiante.

De hecho, el precepto dispone que el Ayuntamiento no va a poder denegar la aprobación de esa transferencia posterior en aquellos supuestos en que el aprovechamiento a trasvasar provenga de una reserva que haya autorizado previamente. *A sensu contrario*, sí podrá oponerse cuando la reserva haya sido aprobada por otra Administración, lo que da cuenta de la necesidad de establecer mecanismos de coordinación en esta materia entre las Administraciones afectadas.

También el urbanizador está legitimado para oponerse a la transferencia, cuando los excedentes de aprovechamiento cuya compensación se pretende se encuentren ubicados en el ámbito respecto del que ostente tal condición y tenga intención de adquirirlos él mismo (art. 186.2 “in fine” de la LUV)²¹.

Sin embargo, en nuestra opinión este precepto debe ponerse en relación con los artículos 171.4 de la propia LUV y 400 del ROGTU, que establecen el orden de preferencia preceptivo de los medios que han de utilizarse para compensar el excedente de aprovechamiento que presente una unidad de ejecución. El medio prioritario es, precisamente, el de compensar *“reservas de aprovechamiento que hayan sido constituidas para su aplicación preferente al ámbito de la actuación, por derivar de cesiones anticipadas de suelo en ese mismo ámbito o efectuadas para realizar obras de conexión o refuerzo de dicha actuación”*. Y, en lo que aquí

²¹ En la práctica, este será el supuesto más frecuente, puesto que es complicado encontrar solares urbanos con excedente a los que transferir el aprovechamiento reservado y, además, poner de acuerdo a las tres partes implicadas.

interesa, el tercero de los medios previstos es la compensación de “*otras reservas de aprovechamiento [...] según el orden de antigüedad con que fueron constituidas en el mismo término municipal*”. Solo “*en defecto de lo anterior, y a elección debidamente justificada de la administración actuante, la compensación del excedente de aprovechamiento podrá realizarse a través de (otros) medios*”. Entre estas posibilidades subsidiarias están (i) la “*cesión y equidistribución, por transferencia de aprovechamiento, de otros suelos dotacionales no incluidos en la actuación*”²² y, finalmente, (ii) la “*compensación económica afecta al patrimonio municipal de suelo a cuenta del Urbanizador*”. Por lo tanto, por mucho que se oponga el urbanizador a que se transfieran reservas de aprovechamiento a su ámbito de actuación, a nuestro juicio esa transferencia deberá efectuarse si existen reservas previamente aprobadas.

Por último, debe tenerse en cuenta el artículo 397.3.c) del ROGTU, según el cual, cuando la reserva de aprovechamiento se haya constituido en virtud de un convenio expropiatorio, la eficacia de este no requerirá aprobación municipal. Creemos que lo que está pretendiendo decir esta norma, de forma no demasiado afortunada en su redacción, es que, una vez válido y eficaz que sea ese convenio expropiatorio, no será necesaria otra intervención paralela o subsiguiente para aprobar específicamente la reserva, sino que esta ya podría desplegar sus efectos.

Sin perjuicio de lo anterior, teniendo en cuenta la doctrina de la Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de diciembre de 2008 (LA LEY 184841/2008), la imposibilidad de materializar la reserva porque la Administración incumpla sus obligaciones derivadas de la formalización de la reserva, podría generar derecho a indemnización si se produce una modificación del plan que suponga reducción del aprovechamiento (en el supuesto enjuiciado, el Ayuntamiento no urbanizó la plaza en la finca cedida, lo que hubiese permitido al propietario cedente edificar las parcelas colindantes, tal y como se había pactado en la escritura de “*donación*” suscrita).

²² Sigue diciendo el precepto que “*si los suelos así cedidos pueden ser obtenidos por la administración con cargo a otra concreta actuación generarán, en beneficio de la administración, la correspondiente reserva de aprovechamiento*”.

2.3.4. Inscripción registral de la reserva de aprovechamiento.

Una vez aprobada, la reserva de aprovechamiento se hará constar en el Registro de la Propiedad, mediante nota al margen de la transmisión de la que traiga causa (art. 186.2 LUV; en cuanto a las formalidades para llevar a cabo esta inscripción, hay que estar al artículo 77 del RD 1093/1997). No obstante, la reserva se inscribirá en folio independiente, y no como nota marginal, cuando se origine en el seno de un expediente de expropiación o de ocupación directa, como sustituta del justiprecio en dinero (al igual que en el resto de supuestos del artículo 39 del RD 1093/1997).

La inscripción de la reserva, tanto en la modalidad de nota al margen en el folio del predio que genera el *ius aedificandi* (art. 77 RD 1093/1997), como en la de inscripción en folio independiente (arts. 39 y ss.), tendrá como efecto reflejo permitir que se pueda hipotecar el aprovechamiento urbanístico²³.

Una vez se produzca la posterior transferencia del aprovechamiento, procederá cancelar la inscripción de la reserva. En cuanto a la inscripción de la transferencia, ya hemos indicado que su regulación está contenida en los artículos 33 y siguientes del RD 1093/1997.

2.3.5. Destino de la reserva de aprovechamiento.

El aprovechamiento reservado acabará siendo objeto de una transferencia, por lo que podemos reiterar aquí lo ya expuesto en el apartado 1.3.1.2 de este trabajo.

Únicamente añadiremos que, si se especifica el destino del aprovechamiento en el propio documento que formalice la reserva, habrá que ser especialmente cuidadosos para no incurrir en fraude de las reglas legales de los procesos equidistributivos. Ilustramos esta observación con el supuesto enjuiciado por la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana de 15 de julio de 2003 (JUR 2004\222818). Se trataba de un proyecto de reparcelación que asumía incondicionalmente un pacto de reserva en el que se determinaba la concreta parcela resultante a la que debía transferirse el aprovechamiento reservado. El Tribunal concluye que esa predeterminación impide que el reparto de beneficios y cargas entre el resto de propietarios tenga lugar con respeto de los criterios legales

²³ GARCÍA MEDINA, José: *Hipoteca del aprovechamiento urbanístico*, Madrid: La Ley, 2008 (1ª edición), pág. 195.

(fundamentalmente, el de proximidad entre las fincas de origen y de resultado), motivo por el que declara nulo el proyecto impugnado.

2.3.6. Expropiación forzosa de la reserva de aprovechamiento.

Para terminar, hacemos mención del derecho que asiste al propietario que cede a la Administración una finca y opta por reservarse su aprovechamiento urbanístico, a solicitar la expropiación forzosa de este cuando ve frustradas sus expectativas de poder materializarlo. La Ley dispone que el derecho a pedir que se le expropie el aprovechamiento nace transcurridos más de tres años desde que la reserva se constituyó, o pasados cinco años desde la calificación del terreno cedido como suelo dotacional público -si esta circunstancia tiene lugar antes- (art. 186.4 LUV).