

La nulidad de pleno derecho de los convenios urbanísticos concertados por el promotor urbanístico y la posible inscripción en el Registro de la Propiedad de cargas y limitaciones no exigidas por la legislación urbanística.

Una interpretación de los artículos 16.3 y 19.1 del Texto Refundido de la Ley del Suelo de 2008

por

JUAN ANTONIO GARCÍA GARCÍA
Profesor Contratado Doctor
Universidad de La Laguna

SUMARIO

PLANTEAMIENTO GENERAL.

1. UNA NUEVA CAUSA DE NULIDAD DE PLENO DERECHO DE LOS CONVENIOS URBANÍSTICOS. LA NULIDAD DE PLENO DERECHO DE LOS CONVENIOS CONCERTADOS POR EL PROMOTOR URBANÍSTICO CON LA ADMINISTRACIÓN Y LA POSIBLE INSCRIPCIÓN EN EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD DE CARGAS Y LIMITACIONES NO EXIGIDAS POR LA LEGISLACIÓN URBANÍSTICA:

LAS INTERPRETACIONES QUE CONDUCEN A UN ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA NORMA EXCESIVO.

DETERMINACIÓN DEL ÁMBITO SUBJETIVO DE APLICACIÓN DE LA NORMA: EL «PROMOTOR DE LA ACTUACIÓN»:

Sistema de compensación.

Sistema de cooperación.

2. LAS CONSECUENCIAS QUE UNA ACTUACIÓN EXCESIVA Y PERJUDICIAL DEL PROMOTOR DE LA ACTUACIÓN PROVOCA: ¿NULIDAD DE «PLENO DERECHO» EQUIVALE A NULIDAD ABSOLUTA? ¿LA NULIDAD QUE DECLARA EL ARTÍCULO 16.3 TRLS 2008 ES UNA NULIDAD ABSOLUTA? ¿UNA NULIDAD RELATIVA DE PLENO DERECHO?
3. LA RELACIÓN ENTRE EL ARTÍCULO 16.3 Y EL ARTÍCULO 19.1 DEL TEXTO REFUNDIDO DE LA LEY DEL SUELO Y SU TRASCENDENCIA EN ORDEN A LA CORRECTA CALIFICACIÓN DE LA INEFICACIA QUE PROCLAMA EL PRIMERO:

UNA PRIMERA VÍA DE PROTECCIÓN DE LOS TERCEROS ADQUIRENTES: LA PUBLICIDAD REGISTRAL COMO CONDICIÓN DE OponIBILIDAD DE LAS CARGAS Y LÍMITES NO DERIVADOS DE LA LEGISLACIÓN URBANÍSTICA Y EL PLANEAMIENTO.

UNA SEGUNDA VÍA: PROTEGER A LOS PROPIETARIOS FRENTE A LAS ACTUACIONES PERJUDICIALES Y EXCESIVAS DE LOS PROMOTORES DE LAS ACTUACIONES URBANÍSTICAS.

PLANTEAMIENTO GENERAL

El artículo 16.3 del Real Decreto Legislativo 2/2008, del Texto Refundido de la Ley del Suelo, declara que toda cláusula en un convenio celebrado por el promotor de la actuación urbanística con la Administración a través de la cual imponga sobre las fincas comprendidas en la unidad de actuación obligaciones superiores a aquéllas que exige la ley es nula en cuanto perjudique a los propietarios. Entiendo que este precepto en manera alguna ha prohibido absolutamente la existencia de convenios en el ámbito de la ejecución del planeamiento urbanístico, ni ha sustraído a los propietarios de cualquier posibilidad de incidir válidamente sobre el estatuto o situación jurídico-real de los inmuebles por vía convencional con la Administración urbanística, haciendo oponibles tales compromisos a terceros a través de la publicidad registral en cuanto impliquen alguna mutación jurídico-real (como prevé el art. 19.1 del mismo TRLS 2008), sino que, propiamente, ha establecido límites a las titularidades y/o a los poderes fiduciarios, en cuanto tales por esencia limitados, que por ley ostentan aquellos sujetos que promueven o ejecutan las actuaciones transformadoras del suelo sobre fincas de ajena pertenencia. Sobre ello tratan las páginas siguientes.

1. UNA NUEVA CAUSA DE NULIDAD DE PLENO DERECHO DE LOS CONVENIOS URBANÍSTICOS. LA NULIDAD DE PLENO DERECHO DE LOS CONVENIOS CONCERTADOS POR EL PROMOTOR URBANÍSTICO CON LA ADMINISTRACIÓN Y LA POSIBLE INSCRIPCIÓN EN EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD DE CARGAS Y LIMITACIONES NO EXIGIDAS POR LA LEGISLACIÓN URBANÍSTICA

El artículo 16 del Texto Refundido de la Ley del Suelo (RD Legislativo 2/2008, de 20 de junio) precisamente en relación con los deberes de promoción

de las actuaciones de transformación urbanística que pesan sobre los propietarios del suelo, en cuanto contenido del derecho de propiedad (art. 9 TRLS 2008) —deberes que relaciona en su número 1 para señalar en su número 2 que los terrenos incluidos en el ámbito de actuación que señalen los correspondientes instrumentos de planeamiento o de ejecución del mismo quedan afectos, «con carácter de garantía real» al cumplimiento de tales deberes—, dispone al efecto, número 3, que *«los convenios o negocios jurídicos que el promotor de la actuación celebre con la Administración correspondiente, no podrán establecer obligaciones o prestaciones adicionales ni más gravosas que las que procedan legalmente en perjuicio de los propietarios afectados. La cláusula que contravenga estas reglas será nula de pleno derecho»* (1).

(1) El precepto reproduce literalmente el de la misma numeración del texto de la Ley del Suelo, Ley 8/2007, y la coincidencia con el correspondiente, y de idéntica numeración, del Proyecto de Ley presentado por el Gobierno (Proyecto de Ley 121/000096, *BOCG*, VIII Legislatura, núm. 96-1, de 8 de septiembre de 2006) es también, casi literal —vid., más abajo en esta misma nota el por qué del «casi literal»—. Se trata, por otra parte, de un precepto que carece de precedentes normativos, introduciéndose tal norma por primera vez precisamente en la Ley del Suelo de 2007. Ello sin perjuicio de que tal principio hubiera aparecido en alguna jurisprudencia, por ejemplo, en la sentencia del TSJ de Madrid, de 10 de febrero de 2003, al sentar que: «...La Junta de Compensación no puede obligar, por el sistema de mayoría, a que sus integrantes asuman obligaciones a las que normativamente no están obligados, celebrando acuerdos o convenios que exceden de los fines concretos para el que fueron legalmente constituidas, caso contrario se estaría utilizando la adscripción obligatoria a una entidad administrativa, constituida para un fin concreto y determinado, como un mecanismo que sirviese para violentar la voluntad individual de los propietarios individuales en ella integrados, haciéndoles asumir obligaciones a las que no están obligados por norma jurídica alguna y en contra de su voluntad».

Resulta significativo que el precepto, y que introduce por primera vez en nuestro ordenamiento esta causa de nulidad de los convenios urbanísticos, no recibiera más que tres enmiendas durante su tramitación en el Congreso de los Diputados. Una primera enmienda, la número 81, presentada por el Grupo Parlamentario de Coalición Canaria, y que parte, precisamente, del equívoco —propiciado por la redacción del proyecto de ley— de que se trata de una nulidad de pleno derecho de carácter absoluto, y, por tanto, también oponible por el propio interesado que ha suscrito el correspondiente convenio; por ello, el grupo parlamentario propone el texto siguiente: «3. Los convenios o negocios jurídicos que el promotor de la actuación celebre con la administración correspondiente no podrán establecer obligaciones o prestaciones adicionales más gravosas que las que procedan legalmente de acuerdo con lo dispuesto en este artículo, *excepto que quien las asuma como firmante del convenio tenga capacidad y legitimación para ello y, en ningún caso, en perjuicio de terceros propietarios afectados*. La cláusula que contravenga esta regla será nula de pleno derecho», justificando dicha redacción en que la posibilidad de firmar convenios por encima de los deberes legales «es posible porque así ha sido reconocido por la jurisprudencia». Por su parte, la enmienda número 41 del grupo parlamentario IU-Iniciativa per Catalunya Verds, propone que se suprima la expresión «de acuerdo con lo dispuesto en este artículo», en relación con los posibles deberes que pudiera establecer el legislador, toda vez que, argumentan: «Tal y como lo expresa el proyecto de Ley, parece limitar los deberes que se puedan imponer a la promoción a los enumerados en ese artículo, cuando la legislación autonómica o sectorial puede, por lo menos, precisar o ampliar esa relación (por ejemplo, el deber de descontaminar los suelos)». En este mismo sentido que

Como sabemos también el artículo 19 del mismo Texto Refundido de la Ley del Suelo, artículo 19.1 (2), afirma de manera inequívoca, al igual que lo hicieron sus precedentes normativos más inmediatos (3), el denominado «principio de subrogación real» de las fincas en los límites y vinculaciones derivadas de la ordenación urbanística (4), distinguiendo al efecto entre los

la anterior enmienda, la número 141, de Esquerra Republicana, propone que se añada que los deberes legales pueden proceder no sólo de lo que establezca el artículo 16 de la Ley del Suelo, sino también «otras leyes sectoriales», para permitir «que las CC.AA. puedan intervenir en este tipo de condiciones». Finalmente, el precepto cambió su redacción inicial suprimiendo la referencia a «que procedan legalmente de acuerdo con este artículo» para ampliarlo de manera genérica a todas aquellas obligaciones y deberes «que procedan legalmente».

(2) *Transmisión de fincas y deberes urbanísticos*. 1. La transmisión de fincas no modifica la situación del titular respecto de los deberes del propietario conforme a esta Ley y los establecidos por la legislación de la ordenación territorial o urbanística aplicable o exigibles por los actos de ejecución de la misma. El nuevo titular queda subrogado en los derechos y deberes del anterior propietario, así como en las obligaciones por éste asumidas frente a la Administración competente y que hayan sido objeto de inscripción registral, siempre que tales compromisos se refieran a un posible efecto de mutación jurídico-real».

(3) El precedente más inmediato de este precepto (aparte del art. 18 LS de 2007 que reproduce), es el artículo 21 LRSV 1998 («*Transmisión de fincas y deberes urbanísticos*»). 1. La transmisión de fincas no modificará la situación del titular de las mismas respecto de los deberes establecidos por la legislación urbanística aplicable o exigibles por los actos de ejecución derivados de la misma. El nuevo titular quedará subrogado en el lugar y puesto del anterior propietario en sus derechos y deberes urbanísticos, así como en los compromisos que éste hubiera acordado con la Administración urbanística competente y hayan sido objeto de inscripción registral, siempre que tales compromisos se refieran a un posible efecto de mutación jurídico-real», si bien ya el artículo 88 TRLS 1976 disponía al efecto que «la enajenación de fincas no modificará la situación de su titular en orden a las limitaciones y deberes instituidos por esta Ley o impuestos, en virtud de la misma, por los actos de ejecución de sus preceptos, y el adquirente quedará subrogado en el lugar y puesto del anterior propietario en los compromisos con las Corporaciones públicas respecto a la urbanización y edificación»; precepto que se completaba con lo dispuesto en el artículo 62 del mismo TR 1976: «1. El que enajenare terrenos no susceptibles de edificación según el Plan, o edificios e industrias fuera de ordenación, deberá hacer constar expresamente estas calificaciones en el correspondiente título de enajenación. 2. En las enajenaciones de terrenos de urbanizaciones de iniciativa particular deberá hacerse constar la fecha del acto de aprobación de la misma y las cláusulas que se refieran a la disposición de las parcelas y compromisos con los adquirentes. 3. En los actos de enajenación de terrenos en proceso de urbanización deberán consignarse los compromisos que el propietario hubiere asumido en orden a la misma y cuyo cumplimiento esté pendiente. 4. La infracción de cualquiera de estas disposiciones facultará al adquirente para resolver el contrato, en el plazo de un año a contar de la fecha de su otorgamiento, y exigir la indemnización de los daños y perjuicios que se le hubieren irrogado».

Estos preceptos del TRLS de 1976 tenían, a su vez, como precedente al artículo 21 del Reglamento de Edificación Forzosa, Decreto 635/1964, de 5 de marzo, que dispuso como regla general que: «La transmisión de una finca incluida en el Registro Municipal de Solares y Otros Inmuebles de Edificación Forzosa no alterará los plazos y condiciones de dicha edificación, conforme a lo dispuesto en este Reglamento».

(4) Se trata, propiamente, de un supuesto de subrogación personal que no real. Es el nuevo propietario el que ocupa el lugar y puesto del anterior propietario (como acertada-

«deberes del propietario» —de los que se afirma indudablemente que son exigibles frente a cualquier propietario, sea el originario o ya un causahabiente por cualquier título de aquél—, y aquellas obligaciones voluntariamente asumidas por un determinado propietario con la Administración, por vía convencional, que al no tener la naturaleza de deberes legales sólo pueden fundarse en aquel convenio suscrito, o, respecto de terceros, en la oponibilidad que les confiere la publicidad registral. Precisamente, respecto de estas últimas, insistimos, la oponibilidad *erga omnes*, deriva, es eso al menos lo que se infiere de este artículo 19.1 *in fine*, no de la ley (puesto que no son deberes legales), tampoco del convenio suscrito (habida cuenta de la eficacia relativa del mismo, y de que éste como tal no accede nunca al Registro de la Propiedad, sin perjuicio de que pueda dar lugar a asientos concretos en éste) (5), tampoco de la posible autonomía de la voluntad que pueda conceder nuestro ordenamiento en la creación, constitución o modificación de los derechos reales (autonomía de la voluntad y *numerus apertus*), sino de la publicidad que a las mismas les confiere el Registro de la Propiedad.

Mas entonces, ¿el artículo 16.3 TRLS 2008 ha dejado sin contenido alguno al artículo 19.1 del mismo cuerpo legal?, ¿ha desaparecido la vía convencional como fuente de deberes y cargas que, previa constancia registral, pueden ser oponibles a los terceros adquirentes de un determinado inmueble? O, simplemente, el legislador ha excluido al sujeto que denomina «promotor de la actuación» de toda posibilidad de influir por vía convencional en el estatuto jurídico-real de los inmuebles, aunque sólo en cuanto perjudique a terceros propietarios, no alcanzando tal limitación a los posibles propietarios a los que no fuere posible calificar como tal «promotor de la actuación», que sí tendrían entonces la posibilidad de pactar obligaciones y cargas aún en perjuicio de los posteriores adquirentes del inmueble y hacerlas oponibles a éstos mediante la correspondiente publicidad registral.

Por otra parte, ¿podría también el promotor de la actuación, que es al propio tiempo propietario, establecer tales cargas y gravámenes en exceso de las previstas por el legislador?

Evidentemente las respuestas a los interrogantes anteriores dependerán del alcance subjetivo que se dé a esta figura, que, por otra parte, la ley no define, del «promotor de la actuación», también del alcance y sentido que deba darse a estos actos y negocios que la ley exige que sean perjudiciales, y también la forma y el momento, y los efectos en que tal nulidad de pleno derecho que el precepto afirma, resulta operativa, atendiendo en este último aspecto, al posi-

mente lo describe el art. 88 TRLS 1976) como consecuencia de la transmisión del bien, sin que se produzca ningún cambio en el objeto.

(5) ARNÁIZ EGUREN, R., *Registro de la Propiedad y Urbanismo*, Madrid, 1995, pág. 435.

ble desenvolvimiento en el Registro de la Propiedad, de esta causa de nulidad de pleno derecho. De estas cuestiones me ocuparé seguidamente.

LAS INTERPRETACIONES QUE CONDUCE A UN ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA NORMA EXCESIVO

La novedad de la norma que se introduce, y las dudas que se plantean en orden a su naturaleza y su ámbito de aplicación, han propiciado algunas interpretaciones que entiendo resultan excesivas. Algunos comentaristas (6) afirman que «las nuevas previsiones legales lo que vienen a suponer es un rechazo frontal de los convenios urbanísticos según han venido siendo utilizados en la práctica en su mayor parte» [coincido con ello], pero añaden que tal rechazo legislativo se proyecta sobre «los de gestión porque ordinariamente han sido identificados con los que imponían mayores cargas o cesiones», con lo que vienen a afirmar que en la actualidad «la utilidad del convenio se sitúa dentro de su finalidad más genuina, que es su engarce dentro exclusivamente de la gestión urbanística con el objeto de encontrar fórmulas alternativas de ejecución del planeamiento, aconsejadas o impuestas por la singularidad del caso y sin ir acompañadas de quebranto alguno en el contenido del derecho» (7). Por ello, se concluye afirmando que: «De este modo se hace realidad, y no una mera declaración de intenciones, la definición del contenido del derecho de propiedad desde la Ley y el planeamiento, contenido que queda excluido de toda posible alteración, ni siquiera resultante de una aparente decisión voluntaria de la propiedad». En definitiva, se afirma así, ésa es al menos mi conclusión, que más que hablar de una función social de la propiedad, modelada por la legislación urbanística dentro de la que está esta nulidad de pleno derecho que se contiene en el artículo 16.3 TRLS 2008, vendría a ser más bien una propiedad-función, un poder funcional del que ha quedado excluido todo ámbito de autonomía de su titular. ¿Es este el derecho de propiedad reconocible que debe quedar tras su desarrollo, teniendo en cuenta la función social de la propiedad, por el legislador ordinario?

Los términos literales del precepto, y el trasfondo social y las circunstancias históricas que motivan su introducción por el legislador estatal conducen a otra interpretación. Entiendo por ello que esta nulidad de pleno derecho sólo opera en relación con los convenios de ejecución urbanística celebrados por el promotor de la actuación transformadora, que no es propietario del suelo que transforma, pero sobre el que, de forma legal, tiene posibilidades de configuración, física y/o jurídica. La finalidad del precepto es evitar que

(6) LAZO BAEZA, «El nuevo régimen legal de los convenios urbanísticos y su acceso al Registro de la Propiedad», en *RCDI*, núm. 704, pág. 2783 y sigs.

(7) *Ibidem*, pág. 2786.

mediante el juego del convenio y de la oponibilidad registral de lo inscrito en base al mismo, se consume un resultado extralimitado del ejercicio de facultades fiduciarias o limitadas, de un ejercicio *ultra vires*, en perjuicio de los terceros, de los propietarios que no han intervenido en aquella actividad de configuración física o jurídica de sus inmuebles.

En consecuencia, por ello, sigue vigente la posibilidad de que otros sujetos, propietarios no promotores, o promotores-propietarios, puedan celebrar convenios por encima de los estándares exigidos por las normas aplicables, y, mediante la inscripción (art. 19.1 TRLS 2008) devenir oponibles a terceros adquirentes de las fincas afectadas. Ello forma parte de las facultades de disposición inherentes a la propiedad, que el legislador no ha limitado ni suprimido.

DETERMINACIÓN DEL ÁMBITO SUBJETIVO DE APLICACIÓN DE LA NORMA: EL «PROMOTOR DE LA ACTUACIÓN»

Entiendo que en esta labor de delimitar el concepto «promotor de la actuación» debe tenerse presente, en todo momento, el origen y justificación de la norma. Y que, en manera alguna, podemos identificar a este promotor de la actuación, al que se refiere el artículo 16.3 TRLS 2008, con el promotor que define el artículo 4 de la Ley de Ordenación de la Edificación de 1999 (8).

(8) Si bien es cierto que no es una tarea fácil, como señalaba el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3.^a) en su sentencia número 408/2004, de 28 de mayo, pues en la legislación urbanística: «sólo de forma imperfecta cabe sostener un concepto unívoco u omnicompresivo de promotor, sea cual sea la materia urbanística en que se halle previsto ese supuesto. Será de interés, a ese respecto, ir relacionando que cualquier intento de sostener esa conceptualización, inclusive con invocaciones a significados de diccionarios se halla condenada al fracaso y por más relevancia que se quiera buscar en conceptos generales o genéricos ya que, como se irá viendo en buen número de casos, el significado es profundamente estricto o, si así se prefiere, no unívoco. Efectivamente sostener lo contrario cuanto menos en los términos del Decreto Legislativo 1/1990, de 12 de julio (RCL 1990, 2759 ccaa y LCAT 1990, 266), por el que se aprueba el Texto Refundido de las disposiciones legales vigentes en Cataluña en materia urbanística, y por el momento dejando de lado el artículo 177 de ese texto legal, obliga a la nada ociosa tarea de dar un único sentido a los siguientes supuestos: 1. A los promotores de Planes Parciales y Planes Especiales —en los términos del art. 61—. 2. A los promotores de Proyectos de Urbanización —en los términos del art. 65—. 3. A los promotores de Planes Parciales, Proyectos de Urbanización, Estudios de Detalle, de delimitación de Polígonos o Unidades de Actuación y de la constitución de Juntas de Compensación —en los términos del art. 70—. 4. A los promotores de Planes Parciales de Urbanizaciones de iniciativa particular —en los términos de los arts. 80, 83, 85 y 86—. 5. A los promotores de Proyectos de Actuación Urbanística —en los términos del art. 215—. 6. A los promotores de Viviendas de Protección Oficial para la transmisión de bienes del Patrimonio Municipal del Suelo —en los términos del art. 239—. 7. A los promotores de obras en materia de caducidad de licencias —en los

El artículo 16.3 TRLS 2008 intenta poner coto a las actuaciones abusivas que en épocas recientes han realizado aquellos sujetos, públicos o privados, que llevan a efecto, material o jurídicamente, la transformación urbanística del suelo, sujetos actuantes que a pesar de no ostentar la titularidad dominical del suelo que transforman, han estado —al menos hasta la introducción del art. 16.3 TRLS— legitimados para actuar, sin límite alguno expreso, sobre la configuración de las concretas titularidades dominicales que pudieran recaer sobre los solares, ajenos, resultantes de dicha actuación urbanística.

Para justificar la necesidad de proteger a los propietarios afectados por la ejecución del planeamiento urbanístico correspondiente, ya se instrumente ésta tanto a través de la iniciativa privada como de la pública (y tanto se trate de una gestión directa como indirecta), sólo nos haría falta consultar la prensa de los últimos años, en especial (aunque no únicamente) las noticias relativas a la actividad urbanística en la Comunidad Autónoma Valenciana, y que ha dado lugar a diversos pronunciamientos e iniciativas adoptadas por las instituciones comunitarias (9).

términos del art. 249—. 8. A los promotores de obras en sede de restablecimiento de la legalidad urbanística —en los términos del art. 256—. 9. A los promotores en la vía del derecho administrativo urbanístico sancionador —en los términos del art. 268—. 10. Y a los promotores en materia de la obligación de conservación —en los términos de la Disposición Transitoria 7.^a—.

(9) Es indudable que el estado de cosas creado a raíz de la figura del agente urbanizador que introduce la Ley Reguladora de la Actividad Urbanística de la Comunidad Autónoma Valenciana y figuras similares de otras legislaciones autonómicas, que llevó a la Resolución del Parlamento Europeo sobre las alegaciones de aplicación abusiva de la Ley Reguladora de la Actividad Urbanística (LRAU) y sus repercusiones para los ciudadanos europeos (Peticiones 609/2003, 732/2003, 985/2002, 1112/2002, 107/2004 y otras) [2004/2208 (INI)] ha influido decisivamente en la introducción del precepto que comentamos. En dicha Resolución aparecen algunos párrafos reveladores en este sentido: «G. Considerando la actual legislación que regula el régimen del suelo en el Estado español, que atribuye a los propietarios del suelo el 90 por 100 de los derechos de construcción, así como la naturaleza específica de la LRAU, que obliga a los propietarios, en caso de aprobación por una administración local de un plan de actuación integrada (PAI), a ceder sin compensación el 10 por 100 al municipio en concepto de “patrimonio municipal de suelo”, además del terreno para la construcción eventual de caminos, carreteras, aparcamientos, espacios públicos y demás dotaciones, o a pagar los gastos de urbanización decididos por el promotor de la nueva infraestructura —un procedimiento que escapa por completo al control del propietario—. H. Considerando que es evidente que algunos propietarios han resultado claramente perjudicados por este proceso de urbanización, lo que queda patente tanto en las peticiones como en el resultado de las inspecciones *in situ*; considerando, asimismo, que estos hechos son reconocidos por el conjunto de las autoridades locales, por lo que la Generalitat Valenciana está preparando una nueva ley para evitar las desviaciones en la aplicación de la ley anterior [...]. 6. Con el fin de resolver los problemas que plantea la actual legislación en los aspectos relacionados con la protección de los derechos de propiedad, que suscitan cuestiones relacionadas con los derechos humanos y los derechos fundamentales, así como respecto a la normativa comunitaria en materia de contratación pública, insta a las autoridades competentes a que tengan en cuenta las siguientes recomendaciones: [...] la adopción de medidas que garanticen que todo

Debe recordarse, al respecto, que si bien la ejecución del planeamiento es siempre una función pública, y como tal de la misma sólo pueden resultar titulares las Administraciones Públicas, dicha función puede ser ejercitada a través de una variedad de sistemas de actuación, que con carácter general pueden reconducirse (sin perjuicio de las desviaciones o variedades que la correspondiente legislación de ordenación o urbanística pudieran introducir) a tres modelos principales o típicos: el sistema de compensación, el sistema de cooperación y el sistema de expropiación.

Dejando al margen el sistema de expropiación, cuyos problemas en relación con los propietarios afectados residirán en la concurrencia o no de los presupuestos para que la potestad expropiatoria de las Administraciones pueda ser ejercitada, también la cuantía del justiprecio, y, en su caso, en las posibilidades que tienen los particulares afectados para reaccionar o revisar jurisdiccionalmente tales extremos. Nos centraremos, pues, en los sistemas de cooperación y compensación, que son aquellos en los que, a mi juicio, se puede plantear la hipótesis que el legislador estatal, en el artículo 16.3 TRLS 2008, pretende cortar de raíz declarando su nulidad de pleno derecho, esto es, en aquellas situaciones en las que se produce una disociación entre el poder dispositivo sobre las parcelas y la titularidad dominical de las mismas.

Sistema de compensación

Como sabemos en el sistema de compensación la ejecución de la actividad material de urbanización es llevada a efecto por los particulares, propietarios de los predios afectados, ya directamente (constituidos en Junta de Compensación o no, en aquellos casos previstos por la normativa urbanística) como también indirectamente a través de las correspondientes empresas urbanizadoras, todo ello sin perjuicio de la fiscalización y aprobación, por la Administración Pública, de las operaciones jurídicas y materiales realizadas en la correspondiente unidad de actuación.

En cualquier caso, surge para los propietarios afectados por la actuación urbanística correspondiente el deber de equidistribución, y la obligación de satisfacer proporcionalmente los gastos derivados de tal proceso urbanizador (entre los cuales se encuentran los derivados de la redacción del correspondiente proyecto de urbanización, o los derivados de la supresión de los derechos reales limitados que cayeren sobre las fincas), gastos de los que

propietario inmobiliario afectado por cualquier plan de urbanización sea informado, de forma individual, efectiva y a su debido tiempo, tanto del plan en cuestión como de todos aquellos aspectos del mismo que puedan afectar a su propiedad y a sus derechos fundamentales, con el fin de garantizar plenamente la posibilidad de utilizar las vías de recurso pertinentes».

responde con el tratamiento registral de carga real cada uno de los inmuebles adjudicados al final del proceso a los propietarios afectados.

Como consecuencia del proceso de compensación, la Junta de Compensación se convierte, ya en el propietario único, si bien fiduciario (10), de

(10) En el ámbito civil, la STS, Sala 1.^a, de 23-9-1994, afirma este carácter fiduciario de la titularidad de la Junta de Compensación a la luz del artículo 129.2 de la LS 1975. La actora pretende la extinción de la comunidad sobre varias fincas en las que ostenta una novena parte indivisa, pretensión a la que se opone el otro comunero alegando, entre otros argumentos, el impedimento legal que para el acogimiento de aquella pretensión resulta del hecho de que sobre las fincas se está ejecutando, por el sistema de compensación, una actuación urbanística, el TS afirma: «que las fincas de autos están sujetas a un Plan de Ordenación Urbanística que se ejercita conforme al sistema de compensación, y ello incide de una forma directa e inmediata sobre las características de la titularidad dominical, de suerte que, como dice la sentencia recurrida, todos los terrenos comprendidos en el Polígono o Unidad de Actuación quedan directamente afectados en régimen de unidad a las obligaciones propias del sistema que va dirigido a través de la Junta de Compensación a la sustitución de las propiedades iniciales por otras a determinar dentro de la actuación reglamentaria de dicha Junta. Ahora bien, esa inclusión en el Plan, que impide la división material de las fincas del mismo en el caso presente (art. 104.1 del Reglamento de Gestión Urbanística) no obsta en absoluto la enajenación de la finca o parte de finca incluida en el Plan, porque los derechos dominicales que se ceden a la Junta de la Compensación que actúa con carácter fiduciario (art. 129.2 de la Ley del Suelo, de 2 de mayo de 1975); Texto Refundido aprobado por Real Decreto 1346/1976, de 9 de abril, lo son con tal carácter pero además encaminados a la operatividad reglamentaria y estatutaria que es la finalidad de su creación, bien entendido que esa enajenación que es la que solicita la hoy recurrente por vía de la subasta pública como medio de cesar en la indivisión de los inmuebles (arts. 400 y 401 del Código Civil) ha de llevar consigo el cumplimiento de todas las formalidades, sobre todo en orden a la publicidad de la situación jurídico-administrativa en que la finca se halla porque el adquirente se subroga en la posición de los titulares enajenantes en punto a sus derechos y a las obligaciones contraídas administrativamente en referencia a la Junta de Compensación y a lo establecido en su Base de Actuación y Estatutos (art. 126 de la Ley del Suelo citada) lo que, obviamente, cumple un doble cometido, como es el salvaguardar los derechos del dominio o condominios y acreedores (arts. 403, 404 y 405 del Código Civil) y la conservación íntegra de las facultades de la Junta de Compensación que actuará objetivamente sobre los predios con abstracción de quienes sean los nuevos titulares dominicales que se subrogaron íntegra y absolutamente en la posición jurídica de los anteriores titulares, cuyas obligaciones asumen con pleno conocimiento de causa, pero sin que pueda menguar esa situación administrativa los derechos dominicales en orden a la cesación de indivisión que es una situación dominical excepcional y con una normativa proclive a su terminación (arts. 400, 401, 403, 404, 450, 1.62.2.º y 1.522 del Código Civil). Por ello, el motivo ha de ser estimado, haciendo innecesario el examen del segundo motivo, ya que la legislación urbanística no incide en un derecho dominical como es el examinado cercenándolo en absoluto, si bien con las garantías y asunción obligacional señaladas contraídas por los nuevos titulares».

También, y ahora invocando el artículo 159.2 LS 1992, aluden a esta titularidad fiduciaria de la Junta de Compensación, las Resoluciones de la DGRN de 18-9-1998 y 11-11-1998, que afirman que este poder dispositivo que como fiduciaria corresponde a la Junta de Compensación sobre las fincas de los propietarios integrados en ella, y que es un poder encaminado al cumplimiento de los fines propios de la actuación urbanística, cesa en el momento mismo en que por la aprobación definitiva del proyecto de compensación se produce el efecto subrogatorio prevenido en la letra b) del artículo 167 de la Ley del Suelo,

todos los terrenos comprendidos en la unidad de actuación —ello hasta tanto no recaer acuerdo administrativo que apruebe el Proyecto de Compensación, operándose entonces la subrogación real de las fincas de resultado por las de origen y reviviendo el derecho de propiedad individual que cada uno de los propietarios ostentaba sobre éstas pero ahora recayente sobre las que le adjudican a cambio—, o, ya sólo como sujeto al que se conceden limitadamente, en tanto resulten necesarias para el cumplimiento de los fines perseguidos por el proyecto y como tal se hubieran recogido en los Estatutos y Bases aprobados por la Administración, facultades gestoras y facultades de disposición sobre los bienes de los propietarios (fincas de origen) integrados en la Junta, que no pierden por ello su propiedad ni siquiera transitoriamente.

En cualquier caso, la Junta de Compensación aparece como promotor de la actuación transformadora del suelo, y como tal, como un sujeto que tiene facultades de disposición y configuración física y jurídica de los inmuebles cuya titularidad final, en forma de fincas de resultado, recaerá en otros, auténticos propietarios. Dichas posibilidades de configuración jurídica de las fincas integradas en la unidad de actuación son instrumentales del objetivo último perseguido, esto es, proceder al reparto equitativo de los beneficios y cargas derivados del planeamiento, para lo que generalmente es preciso modificar la configuración objetiva y/o jurídica de las fincas originarias, realizar las correspondientes cesiones obligatorias de terrenos y dotaciones, y realizar la correspondiente distribución equitativa del aprovechamiento reconocido por el planeamiento (11).

En cualquier caso, entiendo que cuando la Junta de Compensación actúa sobre las fincas de la unidad de actuación —tanto si actúa como propietario único de las mismas (pues se trata de una titularidad dominical fiduciaria o

ello para descartar que pueda trabarse embargo sobre las fincas de resultado por los acreedores de la Junta de Compensación sin haber seguido el juicio ejecutivo, con carácter personal y directo, en el que aquella medida ejecutoria se adopta contra los correspondientes propietarios.

(11) DEL POZO CARRASCOSA, *El sistema de compensación urbanística*, Madrid, 1993, pág. 112 y sigs., diferencia entre un poder de disposición de la Junta en el ámbito externo y en el ámbito interno. El primero reside en la posibilidad (arts. 177.1, 2 y 3 del Reglamento de Gestión Urbanística) de enajenar e hipotecar, así como constituir gravámenes sobre las fincas, pero tal poder recae sobre las fincas configuradas en el proyecto de compensación y no sobre las fincas originariamente aportadas, y por ello presupone la previa aprobación del proyecto de compensación. El segundo, que juega sólo entre los propietarios integrados en la Junta, se centra en la redistribución de las fincas entre los propietarios, y se centra en la extinción de los derechos antiguos sobre las fincas de origen y la correlativa creación de nuevos derechos sobre las fincas de resultado. Tal poder de disposición interno surge para la Junta desde el momento en que el propietario se integra, pero no es efectivo hasta que se aprueba el proyecto de compensación, que es el título para extinguir y crear tales derechos sobre las fincas aportadas.

funcional) (12) o, ya sólo como gestor, dotado con poder de disposición limitado en beneficio de los propietarios de aquéllas (13)—, es el «promotor de la unidad de actuación» al que hace referencia el artículo 16.3 TRLS 2008 (14), y que, por consiguiente, no puede, al menos no más allá de lo previsto por los correspondientes instrumentos urbanísticos ni de lo que es necesario para su actividad transformadora (como recuerda el TS en sentencia de 13-07-2007, Sala 3.^a) (15), imponer cargas y limitaciones en perjuicio de los propietarios,

(12) Parece ser mayoritario el sector doctrinal que califica de fiduciaria, instrumental, transitoria o interina, o anómala, la propiedad que adquiere la Junta de Compensación en aquellos casos en que sus Estatutos prevén tal efecto para la incorporación de los propietarios de la unidad de actuación (CASAS VALLÉS-MIRALLES GONZÁLEZ, «La titularidad fiduciaria de las Juntas de Compensación: una forma de propiedad colectiva transitoria durante el proceso de urbanización», en *Jornades de Dret Català a Tossa*, Barcelona, 1998, págs. 229-230, también GARCÍA GARCÍA, *La reparcelación...*, págs. 1369-1370). No obstante, DEL POZO CARRASCOSA, «El sistema de compensación...», *op. cit.*, pág. 104 y nota 10, niega tal carácter fiduciario de la propiedad que ostenta la Junta de Compensación, afirmando que se trata, indudablemente, de una propiedad ordinaria, plena. No obstante, este artículo 16.3 TRLS 2008 permite sostener precisamente ahora que se trata de una propiedad funcional o instrumental.

(13) Ambas posibilidades estaban contempladas por el artículo 129 TRLS 1976, si bien la existencia de una «titularidad de disposición» de la Junta de Compensación sobre las fincas de los propietarios integrados en aquélla es la regla general, siendo excepcional el supuesto de que la Junta se convierta en propietaria única de tales terrenos. Vid., por ejemplo, la STS, Sala 3.^a, de 18-4-1997.

Cierto es, no obstante, que la utilización del término «fiduciarias» que hace el legislador (primero el Reglamento de Parcelaciones, y luego la Ley del Suelo), para calificar las facultades de la Junta de Compensación, ha sido criticada por su poco rigor técnico por algunos autores (vid., ABEL FABRE, J., *El sistema de compensación urbanística*, Barcelona, 2000, pág. 158). Si bien nosotros hemos seguido en el texto la distinción que realiza GARCÍA GARCÍA entre «titularidad fiduciaria», que se da en los casos de transmisión de terrenos a la Junta, y «facultad fiduciaria o transmisión fiduciaria», cuando se reconoce a la Junta una legitimación o poder de disposición sobre fincas ajenas (vid., «La reparcelación y la compensación en relación con el Registro de la Propiedad», en *RCDI*, núm. 565, 1984, Primera parte).

(14) Precisamente, el artículo 18.1 TRLS, al declarar que el acuerdo aprobatorio de los correspondientes instrumentos de distribución de beneficios y cargas produce la subrogación real de las fincas de resultado por las fincas de origen y el reparto de titularidad, señala que en este reparto de titularidad están interesados los propietarios, la Administración (por el suelo o aprovechamiento objeto de cesión obligatoria), y el «promotor de la actuación» cuando se le retribuya mediante la adjudicación de parcelas incluidas en la unidad de actuación.

(15) «La finalidad propia de este ente social [de la Junta de Compensación, es]: ceder, equidistribuir y urbanizar; debiendo quedar enmarcados, en todo caso, sus actos de disposición dentro del cumplimiento de los fines que le son propios, y por el contrario, resultando ajenos a estos fines, aquellas gestiones societarias que por vía de la enajenación de las parcelas a terceros, trasmuten a la entidad colaboradora de la Administración en la ejecución de la función pública urbanística, en una mera empresa inmobiliaria, que es lo que parece deducirse del planteamiento que se contesta. En consecuencia, en todo caso la transmisión de las fincas a favor de la Junta de Compensación, cuya actividad se prolongará hasta la finalización de las operaciones de urbanización (en este sentido, la sentencia

y ello, aún habiéndose producido la aprobación administrativa del Proyecto de Compensación formulado y aún habiendo podido acceder tales cargas y limitaciones excesivas al Registro de la Propiedad (16). Y ello precisamente, porque no podemos hablar de oponibilidad de lo que es nulo de pleno, nulidad que se encarga de declarar el artículo 16.3 TRLS 2008, pues los términos del artículo 33 de la Ley Hipotecaria suficientemente claros, la inscripción no convalida los actos nulos (17).

No es preciso, aun cuando sea posible, que los propietarios accionen impugnando el acuerdo administrativo aprobatorio del Proyecto de Compensación para reparar el posible perjuicio, innecesario o excesivo, que la imposición de gravámenes o cargas excesivas (respecto de las que fueren estrictamente necesarias por el planeamiento o para la ejecución del proyecto), a los propietarios ocasiona el mismo, pues tales actos o negocios realizados en su perjuicio y con evidente innecesidad, como declara el artículo 16.3 TRLS 2008, son nulos de pleno derecho. Con ello se evita también que terceros adquirentes queden subrogados en tales condiciones tan perjudiciales, puesto que, aún publicadas registralmente, no han quedado incorporadas al estatuto jurídico-real del inmueble, constituyendo por ello una excepción al artículo 19.1 TRLS 2008.

Sistema de cooperación

Iguals razones que las vistas en el sistema de compensación se podrían plantear en el sistema de cooperación, aún cuando en este último sea la Administración Pública la que asuma la ejecución de la actuación transformadora del suelo (es lo esencial del sistema de cooperación), pues se produce una atribución limitada de poderes dispositivos a la Administración actuante sobre las

del Tribunal Supremo, de 29 de diciembre de 1987), con independencia de la afección real de las fincas de resultado a la obligación de costear estos gastos, queda limitada por la prosecución de los fines que le son propios».

(16) Podría acaso matizarse este razonamiento anterior, añadiendo que respecto de los promotores del correspondiente sistema de actuación, mejor, en relación con sus fincas, el sistema de mayorías de la Junta podría tener un mayor alcance, una mayor libertad de configuración, puesto que estos propietarios-promotores, en uso de su autonomía de la voluntad, han formulado las correspondientes Bases y Estatutos que han sometido y, en su caso, han negociado con la Administración para su aprobación por ésta; y que, por el contrario, respecto de aquellos que han sido «incorporados» a un proyecto iniciado por otros y ya aprobado, el juego de la mayoría de la Junta quedaría limitado a aquello, fuera imprescindible o necesario. Mas creo que, de acuerdo con los principios rectores del sistema de actuación, el proyecto de equidistribución debe necesariamente implicar la esencial igualdad de los propietarios integrados, sean promotores o no, de la unidad de actuación. La incorporación o promoción del sistema no puede resultar más gravoso, por supuesto tampoco menos para unos que para otros.

(17) Recordemos aquí la STSJ de Madrid, de 10 de febrero de 2003, citada en la nota 1.

fincas incluidas dentro de la unidad de actuación, ya se realice la actuación tanto en forma directa como indirectamente, y ya a través de un agente público (las fórmulas conocidas del agente urbanizador o, simplemente, urbanizador, o del concesionario de obra urbanizadora, o denominaciones equivalentes) como privado.

En el sistema de cooperación se produce también aquella disociación entre la titularidad dominical y el poder de disposición sobre las fincas comprendidas en la unidad de actuación, a los efectos de la actuación transformadora urbanística, aunque aquí el poder dispositivo sobre las parcelas ajenas se ejercita directamente, a instancias o en colaboración con el agente urbanizador, por la Administración Pública a través de sus potestades administrativas correspondientes (aprobación del correspondiente proyecto de reparcelación si fuere necesario, ejercicio de la potestad expropiatoria, etc.), o mediante la actuación material del agente urbanizador en la ejecución de la obra urbanizadora al tener la obligación de contribuir proporcionalmente a los gastos generados por la actuación la naturaleza de cargas reales sobre las fincas afectadas por la actuación, a cuyo pago quedan legalmente afectas.

Como ha señalado CARRASCO PERERA (18), la introducción de la figura del Agente Urbanizador, o en general, la introducción de empresarios productores de suelo urbano, provoca algunas consecuencias paradójicas, la más significativa es que el sujeto legitimado para urbanizar y actuar en la transformación urbanística del suelo, mediante la creación de las infraestructuras públicas, se disocia de la de propietario de aquel suelo; no obstante, a pesar de producirse tal disociación entre el sujeto que actúa y configura (tanto jurídica como materialmente) y la de propietario del objeto sobre el que se ejercitan tales poderes, en realidad el urbanizador no es un gestor fiduciario de los intereses de los propietarios, sino un empresario que actúa en su gestión con ánimo de lucro, y este lucro sólo puede ser procurado a costa de detraer la expectativa de ganancia esperable por los propietarios». Como apunta el autor citado, para estar en la situación antes descrita, el agente urbanizador tiene que estar dotado, por la legislación urbanística y el acto administrativo que legitima su actuación (concesión generalmente), con dos poderes de decisión decisivos, que no ha de consensuar con los propietarios: el Programa de Actuación y la posibilidad de imponer a los propietarios, incorporados o no al sistema, una reparcelación forzosa (19).

Por ello mismo, se podría cuestionar si el precepto y la declaración de nulidad de pleno derecho, alcanzaría también a los convenios suscritos para la ejecución de los sistemas de concertación previstos en la legislación autonómica, en los que el propietario único, o los propietarios de las fincas com-

(18) «Agentes urbanísticos y propietarios de suelo: un modelo desarticulado de relación fiduciaria», *INDRET*, octubre de 2007, consultado en <http://www.indret.com>

(19) *Ibidem*.

prendidas en el ámbito de la actuación asumen y garantizan solidariamente dicha actuación. Entiendo que la cuestión se podría plantear exclusivamente en aquellos supuestos en los que el sistema concertado se lleva a efecto indirectamente a través de agente urbanizador o concesionario urbanizador —no, pues, cuando los propietarios actúan de forma individual y como tales propietarios sobre las fincas afectadas, por cuanto no actúan aquí con poderes fiduciarios sino como titulares dominicales de los inmuebles—, aplicando los mismos criterios anteriormente vistos para el sistema de cooperación.

La dislocación a la que hace referencia CARRASCO se produce cuando el agente habilitado para actuar, con poderes de disposición, afección y configuración jurídica de las fincas ajenas, es un sujeto habilitado únicamente por la Administración, sin relación alguna con los propietarios (salvo las posibles relaciones derivadas de las ofertas de compra de fincas contenidas en el Programa de Actuación o del convenio suscrito por el agente que lleguen a materializarse). Por ello el agente deriva sus poderes y facultades únicamente del convenio suscrito o del Programa, o, en su caso, del acto concesional suscrito con la Administración, rinde cuentas a aquélla de su gestión, para lo que ha constituido garantías únicamente frente a ella. Creo por ello, que el supuesto del artículo 16.3 TRLS, la oposición entre el promotor de la actuación y los propietarios de terrenos afectados en exceso y de manera perjudicial tiene aquí también su principal campo de actuación.

2. LAS CONSECUENCIAS QUE UNA ACTUACIÓN EXCESIVA Y PERJUDICIAL DEL PROMOTOR DE LA ACTUACIÓN PROVOCA: ¿NULIDAD DE «PLENO DERECHO» EQUIVALE A NULIDAD ABSOLUTA? ¿LA NULIDAD QUE DECLARA EL ARTÍCULO 16.3 TRLS 2008 ES UNA NULIDAD ABSOLUTA? ¿UNA NULIDAD RELATIVA DE PLENO DERECHO?

Como han señalado DELGADO ECHEVERRÍA y PARRA LUCÁN (20), en nuestro ordenamiento no se han formulado reglas rígidas sobre los distintos regímenes típicos de invalidez, o más en general, de la ineficacia, por lo que debe partirse de la libertad de configuración del legislador sobre los distintos supuestos de ineficacia contractual que en cada caso introduce, sin que ello contraría la lógica o los principios jurídicos.

Dicho ello, no es menos cierto también, como han señalado también los mismos autores ya citados (21), que si bien no ha sido especialmente riguroso

(20) «Las nulidades de los contratos. En la teoría y en la práctica», Madrid, 2005, *ibídem*, pág. 31 y sigs.

(21) *Ibídem*, pág. 47 y sigs.

nuestro ordenamiento a la hora de calificar algunos supuestos de invalidez, cuando en él se emplean los términos «nulidad de pleno derecho», «nulidad absoluta», o, «nulidad radical», se hace referencia a la misma realidad. Consecuentemente, en el artículo 16.3 TRLS 2008: ¿nulidad de pleno derecho es en este precepto equivalente a nulidad absoluta?, o, ¿pueden existir nulidades de pleno derecho que no sean absolutas?

Debemos decir que si se tratara, aquélla que nos ocupa, de una nulidad absoluta de pleno derecho, tan nulo sería el convenio respecto de los terceros propietarios como respecto del propio sujeto privado que en uso de su autonomía privada ha celebrado un contrato con la Administración Pública obligándose a prestaciones por encima de las impuestas por el legislador competente. La desconexión entre la primera parte del precepto y la segunda, a través de un punto y seguido, podría abonar la interpretación de que la nulidad que se predica lo es frente a cualquier sujeto, incluido el propio obligado, y que, por consiguiente, ante una pretensión de la Administración con la que aquél contrató exigiéndole el cumplimiento de lo voluntariamente asumido, puede oponer también la nulidad de tal contenido convencional, cierto que sólo en cuanto al exceso pactado respecto del estándar impuesto por el legislador (22).

El sentido común nos obliga a rechazar una interpretación como ésta, para entender, correctamente y por encima de ciertas imprecisiones gramaticales o de estilo en las que incurre el legislador, que la nulidad que se declara en la parte final del precepto se predica sólo respecto de los terceros, propietarios que no han suscrito aquel convenio tan oneroso con la Administración, y ello en la medida en que éstos resulten perjudicados o su posición jurídica agravada respecto de la fijada de manera general por las normas del suelo, dictadas tanto por el legislador estatal como por las de ordenación del territorio o urbanismo, dictadas por las correspondientes Comunidades Autónomas. Se trataría, por tanto, de una ineficacia, invalidez, de tipo relativo —predicable tan sólo respecto de un sujeto especialmente protegido: los propietarios que no han firmado el convenio pero que quedan afectos a sus cláusulas en tanto que han producido un cambio o una mutación real—, pero de pleno derecho, esto es, una ineficacia no necesitada de acto alguno que la constituya (sin perjuicio de que en algunos casos resulte necesario que sea declarada por algún órgano), no convalidable o subsanable, y por lo tanto, tampoco sometida a plazo específico de caducidad o prescripción (puesto que es imprescriptible), y también por ello apreciable de oficio.

Cierto, precisamente en virtud de aquella libertad de configuración del legislador a la que aludíamos, que por ello es perfectamente posible una nulidad de pleno derecho pero relativa, esto es, de una nulidad que opera *ipso*

(22) Vid. nota 1 y lo que allí se dice en relación con la enmienda propuesta en el Congreso por Coalición Canaria.

iure, y, por tanto, sin necesidad de que se ejercite un medio impugnatorio específico dirigido a lograr un pronunciamiento judicial sobre su ineficacia.

Precisamente, al limitar la declaración de nulidad del precepto tan sólo en relación con los terceros propietarios, y predicar al propio tiempo que se trata de una nulidad de pleno derecho, evita que la misma pueda quedar convalidada por el acceso de tales compromisos excesivos y perjudiciales, en tanto supongan una mutación jurídico-real, en forma de asientos del Registro de la Propiedad, y el juego de la oponibilidad de lo inscrito, por cuanto conforme al artículo 33 LH, la inscripción no convalida los actos nulos.

3. LA RELACIÓN ENTRE EL ARTÍCULO 16.3 Y EL ARTÍCULO 19.1 DEL TEXTO REFUNDIDO DE LA LEY DEL SUELO, Y SU TRASCENDENCIA EN ORDEN A LA CORRECTA CALIFICACIÓN DE LA INEFICACIA QUE PROCLAMA EL PRIMERO

El artículo 16.3 TRLS supondría una excepción al régimen general de oponibilidad de las cargas y gravámenes no exigidos por el planeamiento o por la legislación a los terceros adquirentes de las fincas por la constancia registral de las mismas. No cierra en manera alguna la posibilidad de que los propietarios, en uso de su poder de disposición, influyan o decidan en el estatuto jurídico-real de sus fincas, que para ello celebren convenios con la Administración, y si así lo deciden, establezcan cargas o límites superiores a los establecidos con carácter general por la legislación o el planeamiento urbanístico. Por el contrario, el promotor de la actuación, no propietario pero legitimado para actuar sobre las fincas ajenas en virtud de la legislación urbanística, carece de facultades dispositivas por encima de las estrictamente necesarias y exigidas por la actuación, carece de la plenitud de facultades propias del titular dominical. Por ello, y por la declaración de nulidad de pleno derecho que realiza el artículo 16.3 TRLS, por más que tales convenios suscritos por el promotor de la actuación, que establecen cargas y límites excesivos en perjuicio de los propietarios afectados, hayan causado los correspondientes asientos registrales, no son oponibles a aquéllos.

No nos encontramos ante actos meramente inoponibles (23), pues ello podría ser subsanado mediante la debida constancia registral de los mismos (mediante inscripción del proyecto de compensación o reparcelación, o a través de las notas marginales de afección al pago de los gastos de la actuación), realizados por el propio promotor de la actuación, una vez aprobados por la Administración. Por ello, calificar simplemente de inoponible el con-

(23) Vid., en general, sobre la inoponibilidad, RAGEL SÁNCHEZ, L. F., «La inoponibilidad», en *Nul-Estudios*, 2007, consultado en <http://www.codigo-civil.info/nulidad/lodel/document.php?id=401>

venio en cuanto a este excedente pactado no permitiría salvaguardar por sí sólo la esfera jurídica de los propietarios, en caso de que aparezca minorada por otro sujeto cuando este último, en uso de facultades de disposición o poderes fiduciarios, ha incidido eficazmente sobre el estatuto jurídico-real de un determinado inmueble, pues tal inoponibilidad tendría siempre la excepción derivada del artículo 19.1 *in fine*, esto es, la excepción de que tales limitaciones o cargas consten inscritas en el Registro de la Propiedad (24). La relación del artículo 16.3 con el artículo 19.1 sería de excepción a la regla general, esto es, la regla general es la inoponibilidad del contenido pactado en exceso por el anterior propietario con la Administración, a menos que aparezca publicado en el Registro de la Propiedad, con la excepción, a su vez, de que tales cargas y limitaciones que publica el Registro tuvieran su causa en un convenio excesivo y perjudicial suscrito por un promotor urbanístico en perjuicio de los propietarios, en cuyo caso no serán oponibles, aun mediando publicidad registral por ser nulos de pleno derecho.

UNA PRIMERA VÍA DE PROTECCIÓN DE LOS TERCEROS ADQUIRENTES: LA PUBLICIDAD REGISTRAL COMO CONDICIÓN DE OponIBILIDAD DE LAS CARGAS Y LÍMITES NO DERIVADOS DE LA LEGISLACIÓN URBANÍSTICA Y EL PLANEAMIENTO

Precisamente, en el origen y justificación del artículo 19.1 TRLS 2008, se encuentra en las críticas que en su momento se hicieron, especialmente en relación con el artículo 88 LS 1976, al denominado principio de subrogación real que comenzó a recoger la legislación urbanística, tanto estatal como de las Comunidades Autónomas, por considerar que con ella se atentaba contra el principio de seguridad del tráfico jurídico, predicándose de tales limitaciones urbanísticas su naturaleza de cargas ocultas, y, consecuentemente, la derogación, en el ámbito urbanístico, del artículo 34 de la LH y del principio de inoponibilidad de lo no inscrito.

Como sabemos, algunas críticas se mantienen aún hoy al respecto, pero mayoritariamente se ha entendido que la «subrogación real» opera sólo en los deberes y límites legales y que el fundamento no es otro que la naturaleza normativa de los instrumentos que introducen tales (ya se trate de leyes ya de normas reglamentarias) y el sistema de publicidad, que es propio de los mis-

(24) «...el fundamento de la inoponibilidad siempre es el mismo: la indemnidad de los derechos adquiridos por el tercero con anterioridad. Pero también se protegen los derechos adquiridos por el tercero con posterioridad, cuando desconocía la realidad y el acto jurídico no había accedido al Registro correspondiente en el momento de la adquisición; por la combinación de los criterios de la anterioridad y la protección de la apariencia se llega a la conclusión de que, para el tercero protegido, la fecha del acto ajeno es la fecha del momento en que ese acto se le da a conocer o la fecha de su acceso al Registro». «La Inoponibilidad», RAGEL SÁNCHEZ, *ibidem*.

mos (tanto en el procedimiento administrativo de elaboración como una vez aprobados definitivamente) (25).

Precisamente a raíz de aquellas críticas, y en esta última dirección apuntada por algunas sentencias del TS (por ejemplo, la ya citada de 10-5-1990), a partir de la LRSV, a diferencia de los precedentes normativos anteriores a la misma, se distingue al efecto en las leyes del Suelo, entre deberes legales (26), que derivan ya directamente de la ley, ya de manera indirecta de la misma a través del planeamiento u otros actos administrativos de ejecución, de aquellos otros compromisos adquiridos por el promotor o anteriores pro-

(25) De estas críticas se hace eco la STS de 27-2-1981 —Contencioso-Administrativo— (reiterada en las sentencias de 10-5-1990 y 21-6-1994) para desautorizarlas, vinculando el sistema de publicidad urbanística que establecía el artículo 55 TRLS 1976 con la inaplicación al supuesto del artículo 34 LH. Precisamente, la STS de 21-6-1994 (Contencioso-Administrativo) en relación a una orden de lanzamiento (derivada de un procedimiento administrativo sancionador) dictada contra el anterior propietario del inmueble que se pretende ejecutar contra el nuevo propietario, invoca el efecto subrogatorio del artículo 88 de la Ley del Suelo para afirmar que el cambio de propietario resulta intrascendente para la Administración, descartando que la buena fe registral que «protege al tercer adquirente de las limitaciones voluntarias» resulte aplicable al supuesto, por tratarse de limitaciones que vienen instituidas por la ley, «...instituidas por la ley o, como ocurre en el presente caso, de las impuestas, en virtud de la misma, por los actos de ejecución de sus preceptos que, en cuanto afectan al interés general, gozan de una publicidad que trasciende a la del Registro de la Propiedad, de suerte que en los supuestos de enajenación de fincas el adquirente queda subrogado en el lugar y puesto del transmitente no sólo en cuanto a aquellas limitaciones impuestas por la ley o derivadas de la misma, sino también en cuanto a los compromisos y obligaciones asumidos por éste con la Administración Pública, sin perjuicio, claro está, de las facultades resolutorias e indemnizatorias que a aquél reconoce el artículo 62 del Texto Refundido de la Ley del Suelo». También se ha establecido dicha eficacia en relación con las licencias administrativas, si bien en tanto aquella ejecute propiamente una norma legal; así la STS de 10-5-1990, declara que: «...la vinculación del adquirente a la reserva de uso establecida por la licencia de obras requiere que venga autorizada por la ley o impuestos "por los actos de ejecución de sus preceptos" y por tanto la vinculación del adquirente a la reserva de uso establecida en la licencia de obras requiere que venga autorizada en las normas legales y de planificación de las cuales la licencia es ejecución o, lo que es lo mismo, la subrogación del adquirente exige que la condición impuesta en la licencia tenga cobertura legal en el ordenamiento urbanístico». La STS de 10-5-1990 matiza, no obstante, que la subrogación real no se produce en cualesquiera condiciones que puedan imponer las licencias administrativas, sino sólo respecto de aquellas autorizaciones o licencias que puedan subsumirse en la definición de «actos de ejecución» de la legislación urbanística.

(26) Se observa que no alude el artículo 21 LRSV a las «limitaciones» conjuntamente con los deberes (también, por otra parte, se incorpora por primera vez la subrogación en los derechos) sino exclusivamente a estos últimos, lo que para FUERTES carece de toda trascendencia práctica, «pues las limitaciones legales, por definición, tienen una eficacia general, sin necesidad de concretarse en un supuesto específico», vid., *Urbanismo y publicidad registral*, 2.^a ed. revisada y ampliada, Madrid, 2001, pág. 45. Para ARNÁIZ EGUREN, la utilización exclusiva del término «deberes» quizá se deba a que con las limitaciones se hace referencia al contenido económico del derecho real, en el que no existe una situación de subrogación, *Registro de la Propiedad y Urbanismo: estudio sobre la inscripción de actos y negocios de naturaleza urbanística*, 1995, pág. 28.

pietarios con la Administración Urbanística. Mientras para los primeros el artículo 21 LRSV afirma el efecto subrogatorio *ope legis* y con carácter incondicionado (27), para los segundos dispone que sólo quedarán subrogados los nuevos titulares si los mismos han sido objeto de inscripción en el Registro de la Propiedad (28).

(27) No obstante, la cuestión en relación con los actos administrativos de ejecución no parece pacífica. Así para algunos autores estos actos administrativos con trascendencia real no necesitan de la inscripción registral para su oponibilidad; mientras que para otros tal efecto subrogatorio depende precisamente de su constancia registral: «...Y es que la previsión legal relativa a la inscribibilidad de los actos administrativos con trascendencia real, especialmente los que puedan afectar a terceros, se configura en la legislación como una obligación administrativa (cfr. arts. 307 TRLS y 1 del Real Decreto 1093/1997, sobre Normas complementarias del Reglamento para la ejecución de la Ley Hipotecaria sobre inscripción en el Registro de la Propiedad de actos de naturaleza urbanística, en adelante NCRH). Pero la oponibilidad de estos actos administrativos a terceros no depende de aquella inscripción, que nada añade a la fuerza obligatoria de los mismos. Por eso no es posible apoyar sobre ella el juego de la fe pública registral. De ahí, la inseguridad jurídica de los terceros, que sí tienen el deber de conocer las normas (art. 6.1 CC), se encuentran perdidos entre lo que se ha dado en llamar la jerga técnica de los tecnicismos, documentos y planos urbanísticos y no saben exactamente la situación urbanística de las fincas. Ello exige precisar cuáles son los derechos y deberes en que se subroga el adquirente y cuáles quedan exceptuados de la subrogación».

(28) Por ejemplo, en la jurisprudencia denominada «menor», la SAP de Badajoz (Sección 2.ª), de 20 de enero de 2000, considera que el artículo 21 LRSV cierra las posibles dudas interpretativas que se suscitaron sobre la relación del artículo 88 TRLS 1978 con la legislación hipotecaria, con los siguientes pronunciamientos:

«PRIMERO.—Considerando la argumentación hecha valer en el acto de la vista por parte de la corporación municipal recurrente, la cuestión preliminar que ha de examinarse para dilucidar el problema que ahora se plantea es la relativa a determinar si el artículo 22 de la Ley del Suelo de 1992 (RCL 1992/1468 y RCL 1993/485) debe ser interpretado en el sentido de que, en todo caso, la existencia de una carga a favor del Ayuntamiento en la actuación urbanística ha de prevalecer por encima del principio de la fe pública registral, aun en los supuestos en los que dicha carga no haya sido inscrita en el Registro de la Propiedad.

La cuestión presenta una indudable complejidad porque implica la entrada en colisión de los legítimos derechos de las Administraciones Públicas con competencias urbanísticas con principios registrales inmobiliarios de primer orden, tal como el que protege al tercer hipotecario que adquiere a título oneroso y de buena fe, conforme al artículo 37, regla 4.ª de la Ley Hipotecaria (RCL 1946/886 y NDL 18732), apartados *a)* y *b)* y artículo 40, párrafo último, de la misma Ley. Es lo cierto que el problema no tiene una solución pacífica, pues en buena medida dependerá de que se enfoque desde el punto de vista del Derecho Administrativo o desde el ángulo del Derecho Civil y Registral Inmobiliario. Buena prueba de lo que se dice y de que el repetido artículo 88 del Texto Refundido de la Ley del Suelo no está claro de que prevaleciera cuando estaba vigente sobre el principio de la fe pública registral y de la protección al tercer adquirente de buena fe es que la vigente Ley 6/1998, de 13 de abril (RCL 1998/959), sobre Régimen del Suelo y Valoraciones, en su artículo 21.1, claramente establece que en los supuestos de transmisión y para que se produzca la subrogación en la carga real, se hace imprescindible que dicha carga haya sido objeto de inscripción registral. Con esta medida se ha venido a poner punto final a la polémica existente sobre la materia que ahora nos ocupa y ello lleva a este Tribunal a la necesidad de analizar si realmente nos encontramos ante un supuesto de adquisición de buena fe y a título gratuito».

Por ello, con el precepto de la LRSV, y con los antecedentes doctrinales y jurisprudenciales ya citados, se afirmaría, por un lado, la naturaleza indudablemente «legal» de los deberes impuestos por la legislación urbanística, y consecuentemente, se predicaría la innecesariedad de inscripción de los mismos a efectos de su oponibilidad (esto es, para que se produzca la subrogación), aspecto reafirmado en la diferenciación entre aquellas limitaciones y vinculaciones para las que es preciso su inscripción en el Registro de la Propiedad y las que quedan exceptuadas de tal inscripción. Y, por otro lado, el precepto también afirmaría como principio general la subrogación y como excepción la inoponibilidad (29).

UNA SEGUNDA VÍA: PROTEGER A LOS PROPIETARIOS FRENTE A LAS ACTUACIONES PERJUDICIALES Y EXCESIVAS DE LOS PROMOTORES DE LAS ACTUACIONES URBANÍSTICAS

Si mediante el artículo 19.1 *in fine*, y la necesidad de que medie publicidad registral para la subrogación en las cargas y límites no derivados de la legislación urbanística y el planeamiento, se intenta proteger a los terceros causahabientes, no sólo respecto de los compromisos de naturaleza exclusivamente personal, que, evidentemente, ni siquiera han podido acceder al Registro de la Propiedad (salvo que se garanticen con derecho real), sino también de aquellos compromisos que a pesar de tener un alcance jurídico-real no han llegado a quedar tampoco publicados en el Registro de la Propiedad. Por el contrario, mediante el artículo 16.3 se protege a los propietarios que ven como consecuencia de una actuación de transformación urbanística, para cuya ejecución la legislación urbanística desvincula al agente ejecutor de la condición de propietario de las fincas afectadas, y, por tanto, legitima la actuación de un tercero con facultades dispositivas y de configuración material y jurídica de las fincas ajenas, que tales facultades ejercitadas en exceso y con perjuicio de los propietarios, a pesar de haber causado asientos registrales, y ser, en principio, oponibles a ellos, no lo son por declarar el legislador, artículo 16.3, su nulidad de pleno derecho.

Con ello se posibilita excepcionar el juego de la oponibilidad registral a través del remedio más eficaz, declarar la nulidad de pleno derecho de tales actos, y por consiguiente, de las inscripciones que tienen a aquéllos como negocios subyacentes.

(29) ARNÁIZ EGUREN señala que la norma, en primer lugar, una limitación al principio de subrogación legal establecido en el propio artículo 21, también una limitación a la actividad administrativa, aunque favorece el principio de seguridad del tráfico; en segundo lugar, convierte al Registro de la Propiedad en un instrumento que refuerza la eficacia de la actividad administrativa cuando ésta tiene como presupuesto una previa convención con los administrados, *Registro de la Propiedad y Urbanismo*, cit., pág. 31.

Ello en la medida en que ya la certificación administrativa de la aprobación de los correspondientes proyectos o de las actuaciones realizadas por tales sujetos no propietarios sobre tales fincas ajenas con ocasión de la actuación transformadora del suelo, provoca que se produzcan los correspondientes asientos registrales que publican una mutación jurídico-real o una afección real de tales inmuebles, que en virtud del artículo 19.1 del propio TRLS 2008 y del artículo 38 de la Ley Hipotecaria podrían consolidarse como situación oponible frente a los propios propietarios y a los terceros adquirentes de los inmuebles. Ello queda cercenado de raíz, al menos desde el punto de vista normativo con la declaración de nulidad del artículo 16.3 TRLS y el artículo 33 de la Ley Hipotecaria.

Creo que con esta interpretación que he expuesto queda salvaguardada la finalidad pretendida por el legislador al introducir, en el artículo 16.3 TRLS la nulidad de pleno derecho de determinados actos realizados por los promotores de las actuaciones urbanísticas, sin hacer ineficaces las posibilidades que a los propietarios, en uso de su autonomía de la voluntad negocial y, precisamente, en la creación de derechos reales, el ordenamiento concede; se compatibiliza de esta manera el régimen de oponibilidad/inoponibilidad en relación con los terceros, a través de la publicidad registral, la vinculatoriedad *erga omnes* de las prescripciones legales derivadas de la legislación urbanística, y las facultades limitadas que, para la consecución de los proyectos de equidistribución, el ordenamiento atribuye a determinados sujetos sobre las fincas ajenas.

RESUMEN

CONVENIOS URBANÍSTICOS REGISTRO DE LA PROPIEDAD

El artículo 16.3 del Texto Refundido de la Ley del Suelo de 2008 —que declara la nulidad de pleno derecho de los convenios urbanísticos suscritos por el sujeto al que identifica como «promotor de la actuación» con la Administración Pública, por los que se establezcan obligaciones o prestaciones adicionales o más gravosas que las que procedan legalmente en perjuicio de los propietarios afectados—, ha suscitado algunas dificultades interpretativas, precisamente, al ponerlo en relación con el artículo 19.1 del mismo Texto Refundido que prevé la oponibilidad de obligaciones no pre-

ABSTRACT

CITY PLANNING AGREEMENTS PROPERTY REGISTRY

Article 16.3 of the revised 2008 Land Act (which nullifies development agreements between a developer and the government that establish obligations or considerations in addition to or more burdensome than the legally pertinent obligations or considerations and therefore are to the detriment of the affected homeowners) has created some difficulties in interpretation. One such difficulty arises when article 16.3 is placed in relationship with article 19.1 of the same text, which states that obligations not provided for legally through recording in the property registration system may be

vistas legalmente a través de su constancia en el Registro de la Propiedad. Para algunas interpretaciones el artículo 16.3, simple y llanamente, ha privado de contenido al inciso final del artículo 19.1 del Texto Refundido de la Ley del Suelo de 2008. No obstante, una adecuada interpretación del supuesto del artículo 16.3 exige limitarlo tanto sólo a aquellos casos en los que legalmente se atribuye a un sujeto no propietario el ejercicio de poderes de disposición, de configuración material o jurídica, sobre fincas ajenas, esto es, cuando se actúa a través de Juntas de Compensación, agente urbanizador o concesionario de obra pública, o figuras similares previstas por la legislación urbanística.

contested. For some interpretations, article 16.3 plainly and simply makes the final indent of article 19.1 moot. However, one adequate interpretation of article 16.3 states that the article must be limited only to those cases where an individual who is not the homeowner is allowed by law to exercise the powers of disposal and physical or legal configuration of property not belonging to that individual, that is, where action is taken through Compensation Boards, a developer/agent or the holder of a public works concession, or similar persons or entities provided for by planning legislation.

*(Trabajo recibido el 12-11-08 y aceptado
para su publicación el 29-9-09)*