

Financiación con garantía hipotecaria a constructores y promotores de viviendas y locales a la luz de la actual legislación urbanística

SUMARIO: I. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTION.—II. INCUMPLIMIENTO DE LOS PLAZOS O DEBERES URBANISTICOS: EXPROPIACION O VENTA FORZOSA.—III. CAMBIO EN LA NATURALEZA JURIDICA DE LA LICENCIA DE EDIFICACION.—IV. REGIMEN DE VALORACION Y DETERMINACION DEL IMPORTE A PERCIBIR A EFECTOS DE LA EXPROPIACION O VENTA FORZOSA POR INCUMPLIMIENTO DE LOS DEBERES URBANISTICOS.—V. CONSECUENCIAS DE LA RIGIDEZ DE LOS PLAZOS.—VI. CONSECUENCIAS JURIDICAS DE LA EXPROPIACION O VENTA FORZOSA RESPECTO A LA HIPOTECA YA CONSTITUIDA.—VII. POSIBLES GARANTIAS A ADOPTAR POR EL BANCO: 1. SI LA HIPOTECA SE CONSTITUYE SOBRE EL EDIFICIO: a) *Hipoteca del edificio terminado*. b) *Hipoteca del edificio en construcción*.—2. SI LA HIPOTECA SE CONSTITUYE SOBRE EL TERRENO. 3. LA HIPOTECA SE CONSTITUYE SOBRE EL TERRENO Y SOBRE EL EDIFICIO.

I. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTION

La disposición final segunda de la Ley 8/1990, de 25 de julio, sobre Reforma del Régimen Urbanístico y Valoraciones del Suelo, autorizó al Gobierno para que en el plazo de un año desde su publicación aprobara un Texto Refundido de las disposiciones estatales vigentes sobre suelo y ordenación urbana, comprendiendo también la regularización, aclaración y armonización de dichas disposiciones.

Habiéndose demostrado insuficiente el aludido plazo de un año para hacer la refundición, la disposición final quinta de la Ley 31/1991, de 30 de diciembre, aprobatoria de los Presupuestos Generales del Estado para 1992, rehabilitó aquella autorización para aprobar el Texto Refundido durante los primeros seis meses de 1992.

Y así, cumpliendo el mandato refundidor, se aprobó el Texto Refundido de la Ley sobre el Régimen del Suelo y Ordenación Urbana en virtud del Real Decreto Legislativo 1/1992, de 26 de junio (*Boletín Oficial del Estado* de 30 de junio de 1992, en lo sucesivo TR).

A los efectos que nos ocupan, financiación con garantía hipotecaria a constructores y promotores de edificios y viviendas o locales, los aspectos del Texto Refundido de la Ley que tienen mayor relevancia son los que provienen de la Ley 8/1990, y pueden sintetizarse así:

- a) La configuración del contenido urbanístico en la propiedad inmobiliaria como una serie de «facultades urbanísticas» atribuidas por la Ley y no inherentes al derecho de propiedad (art. 23 TR).
- b) La atribución y adquisición gradual y sucesiva de cada una de esas facultades, en función del cumplimiento por el propietario o interesado, en los plazos señalados, de los deberes y cargas impuestos por el planeamiento y por la Ley (art. 20.1 TR).
- c) *La potenciación de la figura de la licencia* en relación con el «derecho a edificar», pues sólo el otorgamiento de aquélla determina la adquisición de esa facultad, siempre que el proyecto presentado fuera conforme en la ordenación urbanística aplicable (art. 33 TR).
- d) *La estricta sujeción del derecho a edificar al tiempo señalado en la licencia*, hasta el punto de que, previa tramitación del oportuno expediente con audiencia del interesado, el derecho a edificar se extingue por incumplimiento de los plazos fijados por la iniciación, interrupción máxima y finalización de las obras (art. 35 TR).
- e) *Las rigurosas consecuencias que de esa misma extinción del derecho a edificar se derivan*, pues, extinguido tal derecho, la Administración expropiará los correspondientes terrenos con las obras ya ejecutadas o acordará su venta forzosa, valorándose aquéllos conforme al 50 por 100 del aprovechamiento urbanístico para el que se obtuvo la licencia y éstas por su coste de ejecución (art. 36 TR).
- f) Y por último, la consagración del principio de que el derecho a la edificación sólo se adquiere por la conclusión de las obras al amparo de licencia no caducada y conforme con la ordenación urbanística (art. 37 TR), accediendo la obra nueva al Registro de la Propiedad en la forma y con los requisitos que establece el artículo 37.2 del TR.

La cuestión que a nosotros nos interesa es el riesgo que la entidad que concede el préstamo hipotecario tiene de no poder recuperar el dinero entregado en el caso de expropiación o venta forzosa del objeto hipotecado,

pues si el proceso urbanizador concluye normalmente y el promotor o constructor adquiere el derecho a la edificación, quedando ésta incorporada a su patrimonio, no hay problema alguno. Por ello analizaremos:

- a) En primer lugar el incumplimiento de los plazos o deberes urbanísticos que, en su caso, originará la sanción de expropiación forzosa o venta forzosa con importantes novedades respecto a otros supuestos expropiatorios y, en consecuencia, la problemática que nos ocupa.
- b) En segundo lugar el giro existente en cuanto a la concepción de la naturaleza jurídica de la licencia de edificación.
- c) En tercer lugar el régimen de valoración y fijación de justiprecio del objeto —terreno y/o edificación— en caso de expropiación o venta forzosa, ya que ésta es esencial a la hora de conceder el Banco el préstamo hipotecario.
- d) En cuarto lugar la consecuencia de la rigidez de los plazos a la hora de obtener financiación.
- e) En quinto lugar las consecuencias jurídicas de la expropiación o venta forzosa respecto de la hipoteca constituida.
- f) En sexto y último lugar las posibles garantías a adoptar por el Banco para salvaguardar su derecho.

II. INCUMPLIMIENTO DE LOS PLAZOS O DEBERES URBANÍSTICOS: EXPROPIACION O VENTA FORZOSA

El motivo de que el único supuesto expropiatorio que estudiemos sea el que tiene su origen en el incumplimiento de los deberes urbanísticos se justifica por el hecho de que es el único que produce unas consecuencias excepcionales a tener en cuenta a la hora de conceder un préstamo hipotecario, como tendremos la ocasión de comprobar.

Como ya hemos advertido, la propiedad urbana se constituye como consecuencia de la adquisición gradual y sucesiva de una serie de facultades urbanísticas. Hemos de hablar de facultades y no de derechos, puesto que se trata de poderes funcionales que exigen como elemento ineludible el previo cumplimiento de una serie de deberes que son los verdaderos títulos atributivos de las facultades urbanísticas.

Así pues, la propiedad urbana aparece rodeada de una serie de «delimitaciones» que conforman su contenido y que la sujetan a una rígida estructura, ya que el propietario de un terreno no puede por sí utilizarlo urbanísticamente ni edificar si no es conforme al Plan, previa la obtención de

licencias y autorizaciones y dentro de los plazos marcados para ello, asistiendo por lo tanto a una verdadera «sacralización del planeamiento». En otro caso nunca llega a ser propietario de lo construido, de ahí la rotunda aseveración del artículo 38.1 TR: «La edificación realizada sin licencia o sin ajustarse a sus condiciones e incompatible con el planeamiento vigente será demolida sin indemnización, previa la instrucción del preceptivo expediente, conforme a lo establecido en la legislación urbanística aplicable». Si no existe indemnización es porque no hay propiedad que indemnizar, ya que en otro caso tal norma sería inconstitucional (art. 33 CE).

El proceso urbanístico se desarrollaría, pues, como sigue:

- Aprobado el planeamiento preciso en cada clase de suelo, el propietario no adquiere ni consolida el *ius aedificandi*, sino que solamente adquiere el derecho a urbanizar (art. 24 TR).
- Este derecho a urbanizar, sin embargo, se configura como un derecho-deber. A su cumplimiento, así como a la realización de las cesiones gratuitas de terrenos y de porcentajes de aprovechamiento urbanístico, se condiciona la adquisición de la segunda facultad: el derecho al aprovechamiento urbanístico (art. 26 TR).
En caso de incumplimiento de los deberes de urbanización y de cesión en los plazos establecidos al efecto, el derecho a urbanizar se extinguirá (art. 25.1 TR).
- La tercera fase del proceso consistirá en la adquisición del derecho a edificar, adquisición que se sujeta igualmente al cumplimiento de un deber: el de solicitar la licencia; y será el otorgamiento de ésta el que determine la adquisición del *ius aedificandi* siempre que el proyecto presentado fuera conforme con la ordenación urbanística aplicable (art. 33 TR).
En caso de incumplir el deber de solicitar la licencia en el plazo fijado en el planeamiento o legislación urbanística aplicable el derecho al aprovechamiento urbanístico se reducirá en un 50 por 100 (art. 30.1 TR).
- La adquisición de la cuarta y última facultad, el derecho a la edificación, también se subordina a un último deber a fin de que la obra se incorpore al patrimonio de su titular: la realización de las obras al amparo de una licencia no caducada y conforme con la ordenación urbanística (art. 37.1 TR).

En caso de incumplimiento del deber de realizar (iniciar, interrumpir o finalizar) las obras en los plazos fijados se extinguirá el derecho a edificar (art. 35.2 TR), sin que el propietario pueda iniciar o reanudar actividad alguna al amparo de la licencia caducada salvo, previa autorización u orden

de la Administración, las obras estrictamente necesarias para garantizar la seguridad de las personas y bienes y el valor de la edificación ya realizada (art. 36.1 TR).

El Texto Refundido en sus artículos 37 al 41 contempla los siguientes supuestos:

1. Edificación con licencia y conforme a la legislación urbanística: Se incorporará al patrimonio del propietario del terreno.

2. Edificación sin licencia e incompatible con el planeamiento: Se demolerá sin indemnización si han transcurrido los plazos para solicitar la licencia. Si no han transcurrido esos plazos se podrá solicitar licencia para el proyecto que sea conforme con el planeamiento.

3. Edificación sin licencia pero compatible con el planeamiento: La obra puede ser legalizada solicitando la licencia en los plazos determinados por la legislación urbanística o en el de dos meses a contar desde el requerimiento si ya se ha adquirido el derecho al aprovechamiento urbanístico; y si no, debe realizarse la urbanización para adquirir tal derecho.

4. Edificación con licencia que luego es declarada ilegal: No se incorpora al patrimonio del propietario del terreno, procediéndose a la expropiación o venta forzosa de dicho terreno si no se hubiera adquirido el derecho al aprovechamiento urbanístico cuando se solicitó la licencia anulada; pero si se hubiera adquirido deberá solicitarse nueva licencia en el plazo de un año, a contar del oportuno requerimiento.

5. Edificación conforme al planeamiento con exceso de aprovechamiento: Si desde su terminación no ha transcurrido el plazo que legalmente se determine, y en su defecto cuatro años, el titular o sus causahabientes han de abonar a la Administración el valor urbanístico de dicho exceso, quedando excluidos de dicha obligación los terceros adquirentes de buena fe amparados por el Registro de la Propiedad; pero en este caso la Administración podrá reclamar el pago al propietario inicial de la edificación u otra persona que le haya sucedido.

En este mismo sentido los artículos 248 a 250 del TR contienen una verdadera defensa de la legalidad de la licencia y de la necesidad de su obtención, pues sólo se incorporan al patrimonio del propietario del terreno las edificaciones que sean conformes con la licencia no caducada y con la legislación urbanística, pero no aquéllas que se han realizado sin licencia, sin ajustarse a ella o incompatibles con el planeamiento y siempre que no se trate de edificaciones u obras legalizables, o sea, que no puedan subsanarse mediante la posterior obtención de licencia en los casos y dentro de los plazos que contempla la Ley.

Ahora bien, la justificación de que nos detengamos en el estudio del

incumplimiento de los deberes urbanísticos viene dada no sólo porque determina, como hemos visto, la extinción o reducción de las facultades urbanísticas en vías de adquisición e impide la adquisición de nuevas facultades, sino porque el Texto Refundido establece además una consecuencia jurídica adicional: la expropiación o venta forzosa del terreno y de las obras realizadas, y será una expropiación o venta forzosa peculiar, pues, como veremos, se produce una alteración en los criterios valorativos respecto de los demás supuestos expropiatorios, variación ésta de la que se derivarán importantes consecuencias, que son el motivo del presente estudio.

Así, con carácter general, el artículo 207.a) del Texto Refundido señala: «La expropiación por incumplimiento de la función social de la propiedad se aplicará: a) Por inobservancia de los plazos establecidos para la urbanización de los terrenos y su edificación o, en general, de los deberes básico establecidos en esta Ley cuando no se opte por el régimen de venta forzosa».

Lo corroboran también los artículos 149.4.2.^a, 30.3, 31.2, 34, 36.2 y 38.3 del Texto Refundido.

Ahora bien, para que proceda la sanción o expropiación o venta forzosa por incumplimiento de los deberes urbanísticos será necesario un *procedimiento en que la Administración declare formalmente el incumplimiento de dichos deberes*.

El procedimiento para obtener tal declaración de incumplimiento se iniciará de oficio o a petición del interesado y tiene por objeto la determinación, conocimiento y comprobación por parte de la Administración actuante del incumplimiento de los deberes urbanísticos por causa imputable al titular del terreno, o sea, que sea debido a dolo o culpa de dicho titular, recayendo la carga de la prueba en la Administración. Si el interesado demuestra que el incumplimiento no es imputable a su voluntad, sino que es debido a causas ajenas a ella (caso fortuito, fuerza mayor, ser imputable a la Administración...), no habría lugar a la expropiación o venta forzosa. En consecuencia, está ínsita en la figura prevista por el legislador la posibilidad de que se otorgue algún tipo de prórroga para el caso de demostrarse por el interesado que dicho incumplimiento no puede serle imputado.

El procedimiento concluye por resolución del órgano administrativo competente declarando el incumplimiento y, en su caso, si opta por la expropiación o venta forzosa, aunque esta elección se pueda hacer posteriormente en acto administrativo autónomo (art. 227.1 TR). Esta resolución es recurrible en vía administrativa y contencioso-administrativa.

El órgano administrativo que dictó la resolución remitirá al Registro de la Propiedad certificación de aquélla para su constancia por nota al margen de la última inscripción de dominio de la finca. Por su parte, la situación de venta forzosa se consignará en las certificaciones que se expidan (art. 232 TR).

El Tribunal Supremo, en Sentencia de 15 de mayo de 1990 (Ar. 4074), dispone que se aplicará a este expediente lo dispuesto en los artículos 15 a 17 del Reglamento de Edificación Forzosa y Registro Municipal de Solares (Decreto 635/1964, de 5 de marzo), no derogado por el Texto Refundido.

Conviene hacer las siguientes *precisiones*:

1. Los actos de los propietarios de los terrenos tendentes a la adquisición de facultades urbanísticas efectuadas fuera de plazo producirán efecto siempre que sean realizados con anterioridad a la notificación del acto de iniciación del procedimiento declarativo del incumplimiento de los deberes urbanísticos con la sanción de reducción del aprovechamiento urbanístico en un 50 por 100, a tenor del artículo 42.3 del Texto Refundido.

2. ¿Cómo juega el silencio administrativo?

a) Si el procedimiento se inicia a instancia de parte, jugará el silencio positivo y por lo tanto se entenderá estimada la petición a falta de resolución expresa (arts. 43.2 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común).

b) Si se inicia de oficio, no juega el silencio positivo, siendo aplicable el artículo 43.4 de la Ley mencionada en el párrafo precedente, y en consecuencia el procedimiento se entenderá caducado y se procederá a archivar las actuaciones en el plazo de treinta días, a contar desde el vencimiento del término en que debió ser dictada la resolución, excepto en los casos en los que el procedimiento se hubiera paralizado por causa imputable al interesado, en los que se interrumpirá el cómputo del plazo para resolver el procedimiento.

3. Para que proceda la expropiación o venta forzosa no bastará con que se haya producido la declaración formal de incumplimiento, sino además que hubieran transcurrido, en su caso, los plazos de los artículos 30 y 31 para solicitar la licencia, pues si no hubieran transcurrido estos plazos no existe inconveniente para continuar la construcción, como establece el artículo 38.2 del Texto Refundido para los supuestos de edificaciones realizadas sin licencia.

4. El adjudicatario de la expropiación o venta forzosa (Administración o tercero) ha de continuar el proceso urbanizador y edificador en los plazos legales, ya que si no es así el propietario tendrá derecho a la reversión (art. 226 TR); también en caso de venta forzosa como garantía del propietario.

5. Si el incumplimiento es imputable a la Administración actuante, los propietarios afectados conservarán su derecho a iniciar o proseguir el proceso urbanizador y edificador (art. 150 TR), sin perjuicio del derecho a ser indemnizados que pueda corresponderles (arts. 237 y sigs. TR). En el Texto

Refundido, pues, asistimos a un férreo control de la actividad de los particulares, pero, por contra, no existe un control de los controladores. La legislación es muy celosa en sancionar el incumplimiento de los propietarios en unos plazos brevísimos, pero deja plena libertad para que una vez declarado el incumplimiento la Administración actúe como quiera y cuando quiera para continuar el proceso urbanizador y edificador.

6. Si se trata de edificaciones ruinosas e inadecuadas por reunir los requisitos del artículo 247 del Texto Refundido las primeras o estar destinadas en más de un 50 por 100 de la superficie construida a un uso urbanístico contrario al establecido en el planeamiento las segundas, quedarán sujetas a venta forzosa si no se sustituyen o rehabilitan, valorándose esas edificaciones y procediéndose en la forma que determinan los artículos 228 y 229 del Texto Refundido, en cuyo examen no nos detenemos.

III. CAMBIO EN LA NATURALEZA JURIDICA DE LA LICENCIA DE EDIFICACION

Hemos comentado anteriormente que asistimos a un proceso de «potenciación de la figura de la licencia».

En la concepción de la nueva Ley el propietario no tiene *ab origine* el derecho a edificar, sino que dicho derecho nace con la licencia, que es *constitutiva* y no meramente declarativa de un derecho anterior. Las facultades urbanísticas no son inherentes al derecho de propiedad, no nacen directa y simultáneamente de la propiedad, sino indirecta y sucesivamente de ella.

No es la concepción de la licencia lo que ha cambiado, sino la concepción de la propiedad urbana, y dicha novedad es consecuencia de la incorporación de los «tiempos o plazos» en el proceso urbanístico. Es el control del cumplimiento de esos plazos lo que modula el alcance de la licencia.

Anteriormente la licencia de obras era un acto administrativo de autorización: no creaba derechos, no ampliaba la esfera jurídica del particular, no suponía la traslación de un contenido positivo al administrado; removía simplemente un obstáculo, eliminaba una previa prohibición existente, lo cual permitía al derecho del particular (que era preexistente a la licencia) recobrar toda la eficacia que potencialmente ya tenía. El *ius aedificandi* era, pues, una de las facultades del dominio y la licencia suprimía un obstáculo legal a su ejercicio, con lo que aquél recobraba su virtualidad plena; pero la facultad de edificar y la consiguiente propiedad de lo edificado tenía su origen en la propiedad del suelo, no en la licencia.

La licencia de edificación que recoge la nueva legislación no responde ya a ese esquema. Así, el artículo 33 del Texto Refundido dispone: «El otorgamiento de la licencia determinará la adquisición del derecho a edifi-

car». Estamos, pues, muy lejos de la visión tradicional de la licencia. La nueva licencia de edificación es un acto constitutivo, con naturaleza concesional o cuasiconcesional, pero en todo caso y al margen de su calificación, creador de un derecho. No tiene un significado negativo de eliminar un obstáculo, sino positivo al habilitar al particular para edificar, confiriendo al mismo una aptitud jurídica, una competencia.

La propiedad del suelo parece ser ahora más bien un simple presupuesto subjetivo de la licencia y será en ella donde tendrá su origen el derecho a edificar, de ahí su carácter constitutivo y de ahí también que el artículo 37.2 del Texto Refundido exija acreditar ante Notario la existencia de la licencia para autorizar, y posteriormente inscribir, las escrituras de declaración de obra nueva.

Ahora bien, la modificación en la naturaleza jurídica de la licencia nos obliga a extraer otras importantes conclusiones. Así, la doctrina civil de la accesión en virtud de la cual el propietario de un terreno es dueño de lo que construya en él (arts. 353, 358 y 359 CC) debe entenderse corregida o ampliada en materia urbanística, pues en ella el derecho a la edificación construida no se adquiere por la propiedad del suelo, sino que sólo se entenderá adquirido una vez que las obras han concluido al amparo de licencia no caducada y conforme a la ordenación urbanística.

IV. REGIMEN DE VALORACION Y DETERMINACION DEL IMPORTE A PERCIBIR A EFECTOS DE LA EXPROPIACION O VENTA FORZOSA POR INCUMPLIMIENTO DE LOS DEBERES URBANISTICOS

Esta cuestión tiene gran importancia debido a que dicha valoración es esencial a efectos de conocer la suma a la que se ha de atender a la hora de otorgar el posible préstamo hipotecario a fin de garantizar el reintegro del capital prestado, pues dicha suma será la que percibirá el deudor en el supuesto de que se lleve a cabo la expropiación o venta forzosa. Todo ello, claro está, partiendo del supuesto que a nosotros nos interesa de que el único o uno de los objetos hipotecados sea el terreno y/o la edificación afectados por el proceso urbanístico, en las condiciones que veremos y como medio de obtener la financiación necesaria para culminar el proceso urbanizador y edificador, pues si el promotor o constructor hipoteca solamente otros bienes patrimoniales distintos a dicho terreno y/o edificación, el posible préstamo a conceder por el Banco podría alcanzar la cuantía correspondiente en relación con la suma del valor de todos los bienes hipotecados, aplicando en ese caso las reglas generales del préstamo hipotecario y no las del Texto Refundido.

Partiendo de estas consideraciones previas, hemos de decir que el régimen de valoraciones y determinación del justiprecio o importe a percibir previsto para los supuestos de incumplimiento de los deberes urbanísticos que estamos examinando no es exactamente el mismo que el del resto de los supuestos expropiatorios.

El artículo 57 del Texto Refundido, bajo la rúbrica «Reglas específicas de valoración», establece: «Las reglas de valoración contenidas en este capítulo se entenderán sin perjuicio de la aplicación de las contenidas en los artículos 30.1 y 3, 31.2, 34, 36.2, 38.3 y 40.2 de esta Ley».

De los citados preceptos es de destacar el artículo 30 por ser el que resulta estrictamente aplicable a los supuestos que nos ocupan y porque los demás, si no se remiten a él, se constituyen sobre idéntico patrón.

Así, el artículo 30.1 dispone: «El derecho al aprovechamiento urbanístico se reducirá en un 50 por 100 si no se solicita la licencia de edificación en el plazo fijado en el planeamiento o legislación urbanística aplicable».

Por su parte, el artículo 30.3 establece: «La resolución administrativa, municipal o autonómica, declarando el incumplimiento a que se refiere el número 1, deberá dictarse previa audiencia del interesado y decidirá sobre la expropiación o sujeción al régimen de venta forzosa de los correspondientes terrenos, cuyo valor se determinará, en todo caso, con arreglo a la señalada reducción del aprovechamiento urbanístico».

Así pues, frente a los restantes supuestos expropiatorios, en caso de incumplimiento de los deberes urbanísticos el justiprecio no vendrá dado por el aprovechamiento urbanístico del terreno, sino por la mitad de dicho valor. No obstante, conviene *precisar esta cuestión*. Así:

I. *El valor urbanístico del terreno será el determinado en función de las facultades adquiridas* al tiempo de practicarse la valoración (art. 50 TR). Ahora bien, hemos de puntualizar dicha afirmación. Así:

- a) En caso de expropiación forzosa, y a tenor del artículo 47, habrá de estarse a las facultades adquiridas al momento de iniciarse, no el expediente de expropiación, sino el expediente de justiprecio, o sea, al momento en que se practique la citación al expropiado para lograr la adquisición por mutuo acuerdo, o si no se logra, al momento en que se practique el oficio por el que la Administración requiere al expropiado para que formule su hoja de aprecio.
- b) En caso de venta forzosa deberá atenderse a las facultades adquiridas al tiempo de incluirse la finca en el Registro de Solares y Terrenos sin Urbanizar (art. 233.2 TR).

II. Dicho valor urbanístico dependerá, pues, de las facultades que el propietario haya adquirido en los momentos indicados, según se trate de

expropiación o venta forzosa. Ahora bien, *en caso de expropiación o venta forzosa por incumplimiento de los deberes urbanísticos, el valor urbanístico del terreno*, y al margen de posibles adiciones o deducciones que veremos, *será el mismo en todos los casos, con independencia de las facultades adquiridas, esto es, el valor correspondiente al 50 por 100 del aprovechamiento urbanístico* patrimonializable o susceptible de apropiación por el propietario, calculado en la forma que veremos posteriormente.

Así lo confirman:

1. *Si el propietario ha adquirido el derecho a urbanizar*, el artículo 51.2 del Texto Refundido.

Ahora bien, en este supuesto, para el cálculo del justiprecio, a dicho valor urbanístico han de añadirse los gastos ya efectuados tendentes a la ejecución del planeamiento, siempre que queden debidamente justificados (art. 51.3 TR).

En el supuesto de que se extinga el derecho a urbanizar por incumplimiento de deberes urbanísticos, el valor urbanístico será también el 50 por 100 del aprovechamiento urbanístico susceptible de apropiación o el resultante del planeamiento anterior si éste fuera inferior a aquél [art. 52.b) TR].

2. *Si el propietario ha adquirido el derecho al aprovechamiento urbanístico*, los artículos 30.1 y 3 citados.

El valor del terreno se obtendría aplicando al aprovechamiento urbanístico el valor básico de repercusión en el polígono, corregido en función de su situación concreta en el mismo (art. 53.1 TR). No obstante, habría que aplicar la reducción que establecen los artículos 30.1 y 3 en el caso de no solicitar la licencia de edificación en los plazos legales.

3. *Si el propietario ha adquirido el derecho a edificar*, el artículo 36.2 del Texto Refundido.

Una vez adquirido el derecho a edificar hay que diferenciar entre:

- a) Valor del suelo: al valor urbanístico del terreno mencionado para el cálculo del importe a percibir se añadirá el 25 por 100 del coste de ejecución y la totalidad de los gastos que justificadamente estén motivados por la edificación proyectada o iniciada (art. 55 TR).
- b) Valor de la edificación ya ejecutada: se valorará por el coste de ejecución, con la arbitrariedad que la fijación de dicho importe conlleva dada la dificultad de su prueba y obligándonos, por tanto, a movernos en el campo de la aproximación.

4. *Si el propietario ha adquirido el derecho a la edificación*.

Una vez adquirido el derecho a la edificación, como hemos dicho, ya no cabe la expropiación o venta forzosa por incumplimiento de los deberes urbanísticos, pues el proceso urbanizador y edificador ha concluido nor-

malmente y la edificación se ha incorporado al patrimonio de su propietario.

Por ello, *cuando hablemos de expropiación o venta forzosa por incumplimiento de los deberes urbanísticos nos referimos al supuesto de hecho en que el propietario no ha adquirido aún el derecho a la edificación.*

No obstante, llegados a esta fase, caben otros supuestos expropiatorios, y aunque exceda de nuestro estudio, por su interés, hemos de diferenciar nuevamente entre:

- a) Valor del suelo: se aplicarán las normas generales de valoración y su valor será el correspondiente al aprovechamiento urbanístico efectivamente materializado sobre el mismo, sin adición ni deducción alguna (art. 56.2 TR).
- b) Valor de la edificación: se valorará en función de su coste de reposición, atendiendo a su antigüedad, estado de conservación y conformidad o no con la ordenación vigente (art. 56.3 TR).

En mi opinión, el valor de reposición al que alude el legislador sería lo que costaría «reponer» en la actualidad la obra, pero corrigiendo el valor con los criterios mencionados de antigüedad, conservación y conformidad al planeamiento vigente en el caso de que la edificación se hubiere concluido conforme a un planeamiento anterior. En todo caso, ese valor o coste de reposición debe ser un valor objetivado, lo que parece que nos llevará al valor catastral y por lo tanto será un valor inferior al de mercado (que sería el que en realidad habría que satisfacer), pero probablemente superior al de ejecución, que es el que se satisface si no se ha adquirido el derecho a la edificación.

No obstante, advertir que en la valoración de aprovechamientos urbanísticos se deducirá el coste de urbanización pendiente y no ejecutada conforme a las normas del plan o, en su defecto, se deducirán los costes necesarios para que el terreno alcance la condición de solar (art. 54 TR).

Así pues, en todos los supuestos de expropiación por incumplimiento de los deberes urbanísticos (fase previa a la adquisición del derecho a la edificación) se respeta ese valor urbanístico uniforme del 50 por 100 del aprovechamiento urbanístico, si bien con las pequeñas peculiaridades que hemos mencionado (adiciones o deducciones que procedan: arts. 51.3, 54 y 55 TR) y teniendo siempre en cuenta que una vez adquirido el derecho a edificar no sólo ha de atenderse al valor del suelo, sino que también al valor de la edificación realizada.

III. *¿Cómo se calcula ese valor?*

Decimos que el valor urbanístico del terreno será el valor correspondiente al 50 por 100 del aprovechamiento urbanístico susceptible de expropiación por el propietario. Así, hemos de puntualizar lo siguiente:

1. El «aprovechamiento urbanístico susceptible de expropiación» por el titular de un terreno será el resultado de referir a su superficie el 85 por 100 del «aprovechamiento tipo del área de reparto» en que se encuentre (art. 27 TR). En expropiaciones de terrenos destinados a sistemas generales el porcentaje es del 75 ó 50 por 100, según sea suelo urbano o urbanizable programado, respectivamente (arts. 59 y 60 TR).

2. El «aprovechamiento tipo de cada área de reparto» se calculará dividiendo el aprovechamiento lucrativo total de las zonas incluidas en ella, expresado en metros cuadrados construibles, por la superficie total, excluidos los terrenos destinados a dotaciones públicas (arts. 96 y 97 TR). No obstante, hemos de decir que éste es un mandato dirigido más bien a los órganos encargados de la elaboración de los Planes, pues a tenor del artículo 95 del Texto Refundido, el aprovechamiento tipo deberá fijarse en el Plan General o Programa de Actuación Urbanística, y que caso de realizar una consulta urbanística el Ayuntamiento deberá ponerse de manifiesto (art. 43.2 TR).

Además, si no hay Plan o éste no prevé el aprovechamiento lucrativo para un terreno no incluido en la unidad de ejecución, éste será de metro cuadrado construible por cada metro cuadrado de suelo (art. 62.1 TR).

3. Una vez concretado el aprovechamiento urbanístico, el cálculo del «valor urbanístico» (al margen de adiciones o deducciones que en su caso procedan: arts. 51.3, 54 y 55) requiere una operación ulterior, que consiste en la determinación del «valor fiscal». La aplicación de dicho «valor fiscal» al aprovechamiento urbanístico permite obtener el «valor urbanístico».

Tal «valor fiscal» es el resultado de aplicar al aprovechamiento urbanístico obtenido el valor básico de repercusión en el polígono que fijará la Administración Tributaria en atención a la situación del terreno dentro de dicho polígono, así como al uso y tipología edificatorios característicos y que se recogerán en las ponencias de valores catastrales y, en su defecto, se aplicarán los valores de repercusión obtenidos conforme a las normas técnicas de valoración catastral (art. 53 TR).

Señalar que las normas técnicas de valoración del cuadro de valores del suelo y de las construcciones para determinar el valor catastral de los bienes inmuebles de naturaleza urbana se fijan en el Real Decreto 1020/1993, de 25 de junio (BOE de 22-7-1993).

De todo lo expuesto en este apartado cabe deducir, pues, que la valoración, caso de expropiación o venta forzosa por incumplimiento de los deberes urbanísticos, será la misma para ambos supuestos, pues siguen un régimen paralelo al poder optarse en la resolución que declara el incumplimiento por una o por otra, y será el 50 por 100 del aprovechamiento urbanístico para el suelo y el coste de ejecución para el vuelo. Supone ello

que frente al régimen general de valoración aplicable al resto de los supuestos expropiatorios que el Texto Refundido contempla en su artículo 207, dicho aprovechamiento queda reducido a la mitad y la suma percibida por el propietario no sólo será distinta, sino que además bastante menor de la que correspondería aplicando las reglas ordinarias. Tener también presente que en un supuesto ordinario de expropiación distinto al que nos ocupa habría que diferenciar según se hubiera adquirido o no el derecho a la edificación, pues si se hubiera adquirido dicho derecho y se hubiera incorporado la edificación al patrimonio del propietario del terreno, no se valoraría por su coste de ejecución, sino por su coste de reposición corregido en la forma estudiada (no en nuestro caso, pues, como sabemos, si se ha adquirido el derecho a la edificación no cabe la expropiación por incumplimiento de los deberes urbanísticos).

Es paradójico que a la vista de esta regulación reciba peor trato el constructor o promotor que pidió la licencia y por cualquier causa no la ejercitó en tiempo, que aquel otro que comienza la construcción sin pedir la licencia, clandestinamente. Decimos esto, pues a este último si aún está dentro de plazo para pedir licencia se le permite legalizar la obra. Por contra, al que solicitó la licencia que acaba caducando se le expropia o se le impone la venta forzosa, reduciendo a la mitad el aprovechamiento y perdiendo además lo edificado a precio de coste.

Por otra parte, la constitucionalidad de dichos criterios valorativos ofrece claras dudas que pueden plantear problemas en un futuro: ¿El precio que recibe el propietario se ajusta al derecho a obtener una indemnización que reconoce el artículo 33 de la Constitución española a pesar de alejarse del valor real? ¿Se atenta contra el principio de igualdad ante la Ley y ante las cargas reales (arts. 14 y 31 CE) cuando el propietario de un terreno no sujeto a expropiación puede venderlo por su valor real y el expropiado por incumplimiento de deberes no puede hacerlo?

No obstante lo dicho, cabe hacer, para concluir, las siguientes *puntuaciones*:

1.^a Los criterios de valoración examinados sólo son aplicables al suelo urbano o urbanizable respecto del que se hubiera completado su ordenación urbanística. En los demás casos, o sea, si estamos ante suelo no urbanizable o suelo urbanizable no programado que no cuenta con Programa de Actuación Urbanística, o suelo urbanizable programado que no cuenta con el planeamiento de desarrollo preciso (Plan Parcial), en estos tres supuestos no se estará al valor urbanístico del terreno, sino al «valor inicial» del mismo, que no será otro que su valor catastral, sin consideración alguna a su posible utilización urbanística, aunque si se trata de suelo urbanizable programado que no cuenta con Plan Parcial de Desarrollo se agregará a ese valor catas-

tral el 25 por 100 del coste estimado de su futura urbanización con arreglo al Plan o, en su defecto, el 25 por 100 del coste de la conversión del terreno en solar (arts. 49 y 50 TR). Con esta última posibilidad se está dejando abierta una clara vía para «inflar» el valor de los terrenos dada la dificultad de obtener una estimación precisa de los costes a que se alude.

En todo caso, el valor inicial prevalecerá sobre el valor urbanístico siempre que dicho valor inicial sea superior (art. 50.2 TR).

A efectos de valores catastrales, recordar el Real Decreto 1020/1993, de 25 de junio, ya citado.

2.^a La expropiación o venta forzosa por incumplimiento de los plazos para urbanizar o edificar no serán aplicables a municipios de población inferior a 25.000 habitantes, salvo que el Ayuntamiento acuerde su aplicación, con carácter general, para la totalidad o parte del término municipal (DA 1.^a, punto 3.2).

Además, según la disposición adicional 1.^a, que contempla supuestos de aplicación parcial de la Ley, en esos municipios, si la Comunidad Autónoma no dispone lo contrario, no se aplicarán tampoco las normas estudiadas sobre áreas de reparto, cálculo de aprovechamiento tipo o de aprovechamiento susceptible de apropiación, así como tampoco se aplicarán estas normas en los municipios comprendidos entre 25.000 y 50.000 habitantes que no sean capitales de provincia y están excluidas por las Comunidades Autónomas.

En los municipios que no se aplican dichas reglas, para calcular el aprovechamiento urbanístico apropiable no se atenderá ya al «aprovechamiento tipo», sino al «aprovechamiento medio», concepto este propio de la legislación anterior (arts. 62.1 y 27.4, que se calculará en la forma prevista en la DA 2.^a).

3.^a En el caso de supuestos expropiatorios iniciados antes de la entrada en vigor de la Ley 8/1990, de 25 de julio, se ha de estar a la regulación contenida en las disposiciones transitorias del Texto Refundido.

4.^a La valoración estudiada hace referencia solamente al terreno, pero si en dicho terreno existen obras u otros bienes o derechos personales o reales hemos de estar a los artículos 63 y 64 del Texto Refundido. Al estudiar las consecuencias de la expropiación o venta forzosa sobre la hipoteca analizaremos este último artículo.

5.^a En los supuestos de expropiación por incumplimiento de los deberes urbanísticos el Texto Refundido, en su artículo 217, rechaza la posibilidad de que el justiprecio se satisfaga mediante la adjudicación de terrenos equivalentes situados en la misma área de reparto que los expropiados.

V. CONSECUENCIAS DE LA RIGIDEZ DE LOS PLAZOS

Nos referimos a aquellas consecuencias que se reflejan de un modo directo sobre el promotor o constructor al condicionar en gran medida su actuación en el proceso urbanístico, e indirectamente sobre el Banco prestamista, pues las circunstancias que puedan afectar directamente al promotor o constructor prestatario repercuten en el Banco como acreedor suyo, ya que desde el momento en que el Banco concede el préstamo hipotecario se va a ver también comprometido en la actividad urbanizadora y edificadora de su deudor. Por lo tanto, el Banco ha de tomar las cautelas necesarias antes de conceder el préstamo y, por ende, incorporarse a ese proceso.

Es evidente que no puede concebirse un proceso de urbanización y edificación sin unos programas de actuación y plazos que lo ordenen. No obstante, la nueva Ley está dominada por la idea del plazo, hasta el punto de que fija unos tiempos tan rigurosamente establecidos, tan breves y perentorios, que hacen inoperativo el proceso urbanístico, pues son plazos de difícil, casi imposible, cumplimiento, originando su incumplimiento la expropiación o venta forzosa de los terrenos con la consiguiente reducción de valor examinada tanto en el terreno como, en caso de existir, en la edificación. Cosa distinta es que en la práctica no se sigan los trámites legales, pues para expropiar la Administración necesita dinero, y dinero no es precisamente lo que sobra en los Ayuntamientos, y además el procedimiento alternativo de la venta forzosa dista mucho de estar consolidado.

Esta mecánica de rigidez de los plazos y de la gradual adquisición o pérdida de las facultades urbanísticas tiene graves consecuencias para el promotor o constructor, pues éstos encuentran una gran dificultad a la hora de obtener financiación, tanto una financiación externa (vía crediticia) como interna (vía venta de edificaciones u obras proyectadas y no iniciadas u obras en construcción). Partimos, claro está, como ya hemos comentado, del supuesto de hecho de que el único u uno de los objetos hipotecados para garantizar el préstamo que se solicita sea el terreno y/o la edificación y no exclusivamente otros bienes patrimoniales del constructor o promotor. Así:

- a) *Financiación externa o crediticia*: El acreedor (en nuestro caso el Banco) no tiene seguridad sobre cuál es o será el verdadero valor económico del objeto —terreno y/o edificación— sobre el que recae la hipoteca a efectos de concesión del préstamo, ya que el incumplimiento de un plazo por el promotor o constructor originará la expropiación o venta forzosa del terreno, con la consiguiente reducción de valor ya analizada. Por otra parte, tampoco tiene el Banco seguridad sobre si el promotor o constructor a quien se concede el préstamo será el definitivo titular de la edificación, pues

la edificación sólo se incorporará a su patrimonio una vez concluida al amparo de licencia no caducada y conforme con la ordenación urbanística (art. 37.1 TR), y hasta ese momento sólo se valorará por su coste de ejecución; sin embargo, a partir de la incorporación al patrimonio del titular, se valoraría por su coste de reposición en la forma que vimos. Todo ello hace que el Banco tenga que adoptar una serie de garantías para asegurar el reintegro del capital prestado, garantías que serán objeto de análisis en otro apartado de este estudio.

- b) *Financiación interna*: La rigidez de los plazos no sólo dificulta a los promotores o constructores la obtención de financiación externa o crediticia, sino también la obtención de financiación interna, vía venta de edificaciones proyectadas y no iniciadas o en construcción, pues el comprador tiene la misma inseguridad que el Banco en cuanto a que la edificación se incorpore o no definitivamente al patrimonio de su vendedor (promotor o constructor), pues ello depende del cumplimiento de todos los plazos y deberes urbanísticos.

Así pues, el empresario que carezca de recursos propios suficientes para acometer el proceso urbanizador y edificador puede encontrar serios problemas de financiación, pues en todo caso la financiación que pueda obtener será insuficiente, ya que será o deberá ser inferior al 50 por 100 del aprovechamiento urbanístico del terreno y al coste de ejecución de la edificación, valor referencial en caso de exploración o venta forzosa.

Ahora bien, esta rigidez de plazos, esta financiación dificultada, se vuelve contra el propio legislador y nos conduce a fines totalmente opuestos a los queridos en todo proceso urbanístico, pues en una secuencia de efectos previsibles podemos decir que si falta o se dificulta la financiación el promotor o constructor no podrá llevar a cabo el proceso edificador y en consecuencia se hace imposible el cumplimiento de la Ley.

Así pues, una aplicación estricta de la Ley conducirá, sin duda, a constreñir y limitar la iniciativa privada a través del incumplimiento no querido de los plazos y, por consiguiente, a una adquisición masiva de terrenos por la Administración que puede derivar en una progresiva municipalización o socialización del suelo. Conclusión ésta que de producirse chocaría frontalmente con los principios de libertad de mercado e iniciativa privada y de protección de la propiedad privada.

VI. CONSECUENCIAS JURIDICAS DE LA EXPROPIACION O VENTA FORZOSA RESPECTO A LA HIPOTECA YA CONSTITUIDA

Como hemos visto reiteradamente, el incumplimiento de un plazo o deber urbanístico por el promotor o constructor a quien el Banco ha otorgado un préstamo hipotecario conlleva la expropiación o venta forzosa del terreno. Ahora bien: ¿Qué ocurre con la hipoteca que ya se había constituido a favor del Banco en garantía del préstamo?

Como ya hemos puesto de manifiesto, en este estudio partimos del supuesto de hecho de que el único o uno de los objetos hipotecados sea el terreno y/o la edificación afectados por el proceso urbanístico, pues lo habitual es que el promotor o constructor solicite un préstamo al iniciar el proceso urbanizador y edificador para obtener la financiación necesaria que le permita concluir aquel proceso, garantizándose dicho préstamo con la hipoteca del terreno de su propiedad (aunque adicionalmente pueda hipotecar otros bienes inmuebles que le pertenezcan). Por lo tanto, nos remitimos a la regulación general de los préstamos hipotecarios, en el supuesto de que el promotor o constructor hipoteque solamente otros bienes de su patrimonio distintos a dicho terreno y/o edificación en garantía del préstamo solicitado, pues en tales casos no se aplicaría la reducción valorativa examinada en caso de expropiación o venta forzosa, ya que la hipoteca recae sobre otros bienes distintos y ajenos al proceso urbanístico, escapando esta cuestión a nuestro estudio.

Así las cosas, partimos igualmente del supuesto de que la expropiación o venta forzosa del terreno por incumplimiento por el promotor o constructor de algún plazo o deber urbanístico (único supuesto expropiatorio que nos interesa) haya culminado, prescindiendo, por lo tanto, del posible recurso a los Tribunales y la posible suspensión o impugnación del procedimiento expropiatorio, pues si el proceso urbanizador concluye normalmente, el propietario consolida su derecho y no hay problema alguno, quedando firme la hipoteca constituida.

El problema se plantea, pues, una vez practicada la expropiación o realizada la venta forzosa del terreno hipotecado, pues la hipoteca no puede recaer ya sobre el terreno expropiado, sino que habrá de recaer sobre el justiprecio o importe que reciba el promotor o constructor.

Por lo tanto, a la vista del juego de la responsabilidad en la hipoteca, el Banco, acreedor hipotecario, puede ver satisfecho su derecho:

- a) Ejercitando su *acción real*, no ya sobre el terreno, que ha sido expropiado, sino sobre la indemnización o importe percibido por su deudor.

- b) En caso de que el ejercicio de esa acción real sea insuficiente para la satisfacción del acreedor, por haber concedido éste un préstamo superior al importe de la indemnización o precio recibido, por la causa que sea (ej.: no adoptar las garantías necesarias), podrá el Banco ejercitar su *acción personal* contra todo el patrimonio del promotor o constructor, a tenor del artículo 1.911 del Código Civil.

Así pues, estamos ante un caso de subrogación, pues la indemnización o el importe entregado al propietario por razón del bien expropiado o vendido es lo que sustituye al terreno en el patrimonio del propietario (promotor o constructor indemnizado), y es justo, por tanto, que también le sustituya como objeto del derecho de hipoteca. La Ley Hipotecaria (en lo sucesivo, LH) impone, pues, en este supuesto la subrogación real que supone la permanencia del derecho, en este caso la hipoteca, sobre el nuevo objeto que ha sustituido al antiguo. No obstante, en precisión terminológica y a simple título de erudición, decir que la antigua hipoteca pasaría a ser una prenda, pues la indemnización no es un bien inmueble, si bien, como decimos, es esta una cuestión puramente doctrinal.

Así:

1. *Artículo 109 LH*: «La hipoteca se extiende a las accesiones naturales, a las mejoras y al importe de las indemnizaciones concedidas o debidas al propietario por razón de los bienes hipotecados».

2. *Artículo 110.2 LH*: «Conforme a lo dispuesto en el artículo anterior, se entenderán hipotecados juntamente con la finca, aunque no se mencionen en el contrato, siempre que correspondan al propietario: 2.º Las indemnizaciones concedidas o debidas al propietario de los inmuebles hipotecados por razón de éstos, siempre que el siniestro o hecho que las motivare haya tenido lugar después de la constitución de la hipoteca y, asimismo, las procedentes de la expropiación de los inmuebles por causa de utilidad pública. Si cualquiera de estas indemnizaciones debiera hacerse efectiva antes del vencimiento de la obligación asegurada y quien haya de satisfacerlas hubiere sido notificado previamente de la existencia de la hipoteca, se depositará su importe en la forma que convengan los interesados o, en defecto de convenio, en la establecida en los artículos 1.176 y siguientes del Código Civil».

Así pues, *el derecho real de hipoteca recaerá*:

- a) En caso de expropiación, sobre el justiprecio recibido por el promotor o constructor expropiado, y que será el valor correspondiente al 50 por 100 del aprovechamiento urbanístico (al margen siempre de las adiciones o deducciones que procedan), más, en su caso, el coste de ejecución de la edificación.

- b) En caso de venta forzosa, sobre el importe que perciba el promotor o constructor. Ahora bien, hemos de precisar, pues así como en la expropiación la totalidad del justiprecio queda afecto a la hipoteca, en la venta forzosa no queda afecta la totalidad del precio de adjudicación, sino sólo la parte de éste que se entregue al propietario y que será coincidente con el valor que corresponda al grado de adquisición de las facultades urbanísticas al tiempo de la inclusión de la finca en el Registro de Solares y Terrenos sin Urbanizar, pues lo que exceda de ese valor, o sea, la diferencia entre dicho valor y la totalidad del precio de adjudicación, se entregará a la Administración actuante para que lo invierta en materia de urbanismo y vivienda (arts. 227.1 y 233.2 TR).

En todo caso, el valor aludido a entregar al promotor o constructor, o sea, el valor que corresponda al grado de adquisición de facultades urbanísticas, será el mismo que en la expropiación, pues, como vimos, en el apartado de valoración siguen un régimen paralelo al poder optarse por una o por otra, y será también, por lo tanto, el valor correspondiente al 50 por 100 del aprovechamiento urbanístico (al margen de posibles adiciones o deducciones), más el coste de ejecución de la edificación.

El derecho del Banco acreedor a la indemnización que proceda en cada caso se rige fundamentalmente por el artículo 32 del Reglamento Hipotecario (en lo sucesivo, RH), que aunque es referente a la expropiación se puede aplicar analógicamente a la venta forzosa, y dicho artículo diferencia entre derechos reales anteriores y posteriores a la nota extendida en el Registro de la Propiedad, al margen de la inscripción de dominio de la finca y en la que consta o bien que el Registrador ha expedido la certificación de dominio y cargas a efectos de expropiación (art. 32.1 RH) o bien consta la certificación de la resolución declarando el incumplimiento de deberes urbanísticos con aplicación del régimen de venta forzosa (art. 232.1 TR).

Partimos, por lo tanto, del supuesto lógico de que la hipoteca se inscribe con anterioridad a la nota marginal, pues la expropiación o venta forzosa devienen con posterioridad a la constitución de dicha hipoteca.

En este caso, y a tenor del artículo 32.5 del RH, para que pueda cancelarse la hipoteca deberá constar que el Banco, acreedor hipotecario, ha sido citado en forma legal y que concurrió por sí o debidamente representado al pago o que se consignó el precio o la parte necesaria del mismo, según los casos. Añade el artículo 35.2 del RH que «en el título (acta de pago y ocupación o sólo acta de ocupación acompañada del documento que acredite la consignación del justiprecio) se determinarán los asientos que deban cancelarse y subsistir con referencia a los datos registrales».

También el artículo 222.2 del TR exige la comparecencia de los titulares de las cargas, en su párrafo segundo *in fine*.

En este sentido ha de entenderse el artículo 224 del TR, que contempla la adquisición del bien libre de cargas por la Administración una vez que ha finalizado el expediente expropiatorio y ha inscrito su derecho, sin que puedan ejercitarse acciones reales ni interdictales contra ella, sino simplemente acciones personales, otorgándole una posición inatacable similar a la del tercero hipotecario del artículo 34 de la LH. Ahora bien, tal efecto se produce solamente una vez finalizado el expediente, pues antes de finalizar los acreedores anteriores a la nota marginal, a tenor de lo expuesto, tienen derecho a ser oídos. Así, si se ha llegado al final del expediente sin que el Banco, acreedor hipotecario, no hubiese tenido el menor conocimiento por no haber sido citado, tendrá abiertas todas las posibilidades procesales para defender su derecho, al igual que ocurriría si el expediente, a pesar de seguirse todos sus trámites, se siguiese con quien no es el verdadero propietario, debiendo formularse en estos casos por la Administración un expediente complementario (art. 224.4 TR).

Así pues, una vez determinado el justiprecio de la expropiación o el importe a entregar al propietario en la venta forzosa, quedará afecto a la hipoteca y, una vez vencida la obligación garantizada, el promotor o constructor entregará dicho importe, en su totalidad o en la parte correspondiente, al Banco a fin de cancelar la hipoteca; pero si no llegaren a un acuerdo en cuanto a la cantidad a liquidar, dicho importe se consignará judicialmente y el Banco hará valer su derecho en los Tribunales (art. 110.2 LH).

Otro supuesto que hemos de analizar es que no exista sólo la hipoteca sobre el terreno, sino que exista sobre él una *pluralidad de cargas*.

El artículo 64.2 del Texto Refundido, único relativo a las cargas, dispone: «Al expropiar una finca gravada con cargas, la Corporación u organismo que la efectuaré podrá elegir entre justipreciar cada uno de los derechos que concurren con el dominio, para distribuirlo entre los titulares de cada uno de ellos, o bien valorar el inmueble en su conjunto y consignar su importe en el Juzgado para que éste fije y distribuya, por el trámite de los incidentes, la proporción que corresponda a los respectivos interesados».

Una norma similar se contempla en el artículo 135 del Reglamento de Gestión Urbanística.

Cabe, por tanto, a tenor de dichos artículos:

1. Justipreciar cada uno de los derechos que concurren con el dominio según las reglas del artículo 64.1 del Texto Refundido en un procedimiento separado en el que se entenderán las diligencias con el titular que cobrará el justiprecio de su derecho.

2. Justipreciar el inmueble en su conjunto, consignando el justiprecio

en el Juzgado, para que por vía incidental se proceda a distribuir el justiprecio, en la proporción que corresponda, entre los interesados.

En el mismo sentido se pronuncia el artículo 36 del Reglamento de Edificación Forzosa y Registro Municipal de Solares (aún vigente), en el que se concede a los titulares de los derechos o cargas un plazo para llegar a un acuerdo con el propietario del terreno en orden a la oportuna liquidación; y si en ese plazo no llegan a un acuerdo, se depositará el precio de la adjudicación, previa deducción de los gastos, en el Juzgado para que por el trámite de los incidentes se distribuya, en la proporción que corresponda, entre los respectivos titulares interesados.

A tenor de los artículos citados, así como de los artículos 6.2 y 8 del Reglamento de Expropiación Forzosa, podemos extraer las siguientes *conclusiones* en caso de pluralidad de cargas:

1. Todas las cargas y derechos sobre el bien expropiado o vendido se convierten, por ministerio de la Ley, en derechos sobre el justo precio.
2. Una vez determinado el justo precio o el importe a percibir en la venta forzosa, el promotor o constructor puede llegar a un acuerdo con cada uno de los titulares y satisfacerles a cada uno su derecho. Es el supuesto que el Texto Refundido contempla como «justipreciación individual».
3. En caso de no conseguir ese acuerdo, el justiprecio o el importe percibido en la venta forzosa se consignará judicialmente, y en vía judicial, por trámite de los incidentes, se dirimirá la preferencia y el derecho a cobro de cada uno de los titulares. Es lo que el Texto Refundido y el Reglamento de Gestión Urbanística denominan «justipreciación del conjunto».
4. No obstante, advertir finalmente que el justiprecio aceptado por alguno de los afectados no obliga a todos (STS de 16-1-1965).

Esta interpretación es la única que logra armonizar los preceptos citados y la subrogación real derivada de la extensión objetiva de la hipoteca, anteriormente analizada.

VII. POSIBLES GARANTIAS A ADOPTAR POR EL BANCO

Como ya hemos recordado en varias ocasiones, dejamos de lado el supuesto en que el promotor o constructor hipoteca otros bienes que no sean el terreno y/o la edificación, pues en este caso el posible préstamo se concedería en atención al valor de dichos bienes hipotecados, con las garantías normales exigibles en todo préstamo hipotecario; y partimos del supuesto de que el único o uno de los objetos hipotecados sea el mencionado terreno y/o edificación afectados por el proceso urbanístico.

El promotor o constructor opera, por lo general, con préstamos hipotecarios que las entidades de crédito le conceden tomando como base el valor del terreno hipotecado. Pues bien, ahora, con la nueva normativa, ese terreno puede alcanzar el 100 por 100 de su valor si el promotor o constructor cumple en plazo sus deberes urbanísticos, pero si no cumple, como hemos visto, el valor de su terreno quedará reducido al 50 por 100 y la edificación al coste de su ejecución, mientras que si cumple podría alcanzar el coste de reposición, corregido en la forma estudiada. Con esto ha de contar la entidad de crédito, que para cubrir el riesgo tendrá que exigir o bien mayores intereses o bien garantías adicionales o bien, que sería lo más seguro para el Banco, conceder un préstamo por una cantidad inferior al 50 por 100 del valor del terreno y al coste de ejecución de la edificación si son éstos los únicos objetos hipotecados; y si no lo son, se ha de estar a tales valoraciones a efectos de la posible concesión del préstamo.

Como ya hemos apuntado, con la mecánica de la rigidez de los plazos de la nueva regulación y de la gradual adquisición o pérdida de las facultades urbanísticas según el cumplimiento o no de dichos plazos, el Banco no tiene seguridad ni de cuál es o será el verdadero valor económico del objeto hipotecado —suelo y/o edificación— sobre el que debe concederse el préstamo, ya que, como sabemos, la posible expropiación o venta forzosa determinará una reducción del 50 por 100 de ese valor del terreno y el valor de la posible edificación se limitará al coste de su ejecución; ni tampoco tiene el Banco la seguridad de que el promotor o constructor resulte ser el propietario definitivo de la edificación caso de hipotecarse también ésta, ya que no se incorporará al patrimonio de dicho promotor o constructor sino una vez concluida conforme a licencia no caducada y a la ordenación urbanística, con la importante matización de que una vez incorporada se valorará por su coste de reposición «corregido», en tanto que mientras no se incorpore se valorará solamente por su coste de ejecución.

Por lo tanto, la nueva regulación tiene unos efectos claramente negativos para el crédito territorial, tanto para el Banco acreedor como para el promotor o constructor deudor.

Para analizar las garantías a adoptar por el Banco a la hora de conceder el préstamo hipotecario, hemos de hacer una diferenciación atendiendo a cuál sea el objeto hipotecado. Así:

1. SI LA HIPOTECA SE CONSTITUYE SOBRE EL EDIFICIO

Hemos de distinguir:

a) *Hipoteca del edificio terminado*

No plantea problemas, pues el promotor o constructor únicamente pueden hipotecar el edificio terminado una vez que se ha incorporado a su patrimonio, y sólo se incorpora a su patrimonio si está concluido conforme a licencia no caducada y a la ordenación urbanística (art. 37.1 TR). Sólo en este momento ostenta el promotor o constructor la propiedad del edificio y sólo entonces puede inscribirlo (como requisito previo y necesario, por exigencias del tracto sucesivo, para la constitución de la hipoteca) en virtud de escritura pública de declaración de obra nueva terminada, que se autorizará por el Notario y se inscribirá, en su caso, una vez acreditado el otorgamiento de la preceptiva licencia de edificación y la expedición por técnico competente de la certificación de la finalización de la obra conforme al proyecto aprobado (art. 37.2 TR).

Una vez incorporada la edificación al patrimonio del promotor o constructor, se valorará a efectos de una posible expropiación (aunque ésta siempre ha de ser por un motivo distinto al incumplimiento de los deberes urbanísticos, como vimos) por su coste de reposición «corregido», valor al que ha de atender el Banco para la concesión del préstamo hipotecario.

Por lo tanto, el Banco ha de cerciorarse, primero, de la conclusión de la edificación en las condiciones comentadas, y, segundo, de su inscripción con los requisitos también mencionados, y en base a ello concederá el préstamo hipotecario en atención al coste de reposición de la edificación, corregido con los criterios que determina el artículo 56.3 del Texto Refundido.

b) *Hipoteca del edificio en construcción*

Su posible hipotecabilidad viene reconocida en el artículo 8.4 de la Ley Hipotecaria: «Se inscribirán como una sola finca los edificios en régimen de propiedad por pisos cuya construcción esté concluida o, por lo menos, comenzada». Al hablar de «edificios cuya construcción esté comenzada» no podemos incluir en dicha expresión a los edificios meramente proyectados, pues éstos no tienen efecto hipotecario alguno, sino que nos estamos refiriendo a edificios que estén al menos «cubiertos de aguas», como se reconoce doctrinalmente.

Para que tales edificios tengan acceso al Registro de la Propiedad y

como requisito previo y necesario para la posterior constitución de la posible hipoteca se requiere escritura pública de declaración de obra nueva en construcción, y será autorizada notarialmente e inscrita, en su caso, una vez acreditado el otorgamiento de la preceptiva licencia de edificación y la expedición por técnico competente de la certificación acreditativa de que la descripción de la obra nueva se ajusta al proyecto para el que se obtuvo la licencia. El promotor o constructor deberá luego hacer constar la terminación de la obra mediante acta notarial en la que se incorpore la certificación de finalización de dicha obra (art. 37.2 TR). Se ha suprimido, pues, en el Texto Refundido la exigencia anterior de un plazo de tres meses para hacer constar esa terminación, plazo que no tenía mucho sentido puesto que no iba acompañado de sanción en caso de incumplimiento. Al suprimirse ese plazo es razonable pensar que habrá de otorgarse el acta notarial de terminación dentro del plazo para finalizar la obra, pues ella será el justificante documental de que se ha construido dentro del plazo indicado en la licencia.

En caso de expropiación o venta forzosa por incumplimiento de deberes urbanísticos se valorará simplemente, como vimos, por su coste de ejecución, valor éste que ha de tener en cuenta el Banco a la hora de conceder el préstamo hipotecario, así como también ha de cerciorarse de la inscripción de la obra nueva en construcción con los requisitos que hemos señalado.

Advertir, no obstante, que aun recayendo la hipoteca sobre el terreno es conveniente que el Banco (y a pesar del tenor del art. 110.1 LH de que la hipoteca no se extiende naturalmente a la «nueva construcción de edificios donde antes no los hubiera») extienda la hipoteca mediante pacto, como está admitido doctrinalmente, a dicho edificio en construcción en las condiciones estudiadas, pues en estos casos el importe a percibir en caso de expropiación o venta forzosa (50 por 100 del aprovechamiento del terreno) se vería incrementado con el coste de ejecución del edificio.

2. SI LA HIPOTECA SE CONSTITUYE SOBRE EL TERRENO

Hipotecar simplemente el terreno tiene el inconveniente, ya comentado, de que con la nueva regulación y debido a la infravaloración de dicho terreno en caso de expropiación o venta forzosa por incumplimiento de alguno de los deberes legales se va a dificultar al promotor o constructor el obtener la financiación necesaria para finalizar el proceso urbanizador y edificador.

En este supuesto el Banco ha de tener siempre presente que ante una posible expropiación o venta forzosa por incumplimiento de algún plazo o deber urbanístico por parte del promotor o constructor, el valor del terreno,

a diferencia de otros supuestos *expropiatorios*, queda reducido, como hemos recalcado, al 50 por 100 de su aprovechamiento urbanístico, siendo, pues, la mitad del valor que correspondería al promotor o constructor en una expropiación ordinaria.

Por lo tanto, el Banco, a la hora de estudiar la concesión de un préstamo hipotecario a un promotor o constructor, no ha de atender ahora al valor del terreno como ocurriría en una expropiación normal o en el caso de que el propietario hubiese adquirido el derecho a la edificación, sino que ha de atender al 50 por 100 de dicho valor, pues sólo así quedará a salvo de las posibles incidencias que puedan ocurrir en el proceso urbanizador y edificador, en concreto, de la amenaza, durante la totalidad de este proceso, de la expropiación o venta forzosa por el incumplimiento por parte del prestatario de alguno de los deberes que le incumben. En consecuencia, el préstamo debería reducirse también a la mitad respecto de la legislación anterior, pues a la mitad se reduce el posible valor del objeto hipotecado (siempre y cuando el terreno sea el único objeto hipotecado).

3. LA HIPOTECA SE CONSTITUYE SOBRE EL TERRENO Y SOBRE EL EDIFICIO

Vimos que la hipoteca sobre el terreno se podía extender, mediante pacto, al edificio. Si quedan ambos hipotecados en garantía del préstamo que el Banco concede, el valor al que el Banco prestamista ha de atender será, a tenor de lo visto, la suma de la mitad del aprovechamiento del terreno y el coste de ejecución de la edificación.

No obstante, hemos de decir que tras la nueva regulación la entidad bancaria que conceda un préstamo a un constructor o promotor se va a ver necesariamente integrada en el proceso urbanizador y edificador, pues del normal o anormal desenvolvimiento del mismo dependerá que el valor del terreno sobre el que ha de hacer efectiva la hipoteca ascienda al 100 por 100 o quede reducido al 50 por 100; y que el valor de la edificación se eleve hasta el coste corregido de su reposición o quede limitado, por contra, al coste de su ejecución.

Así pues, y como consecuencia de lo expuesto, *el Banco, a la hora de conceder un préstamo hipotecario a constructores o promotores, tendrá presente:*

1. Una *mayor ponderación del riesgo* que anteriormente, vinculando el préstamo no al valor total de lo hipotecado, sino al 50 por 100 del aprovechamiento del terreno y al coste de ejecución de la edificación, pues así quedará siempre a cubierto su derecho aun en el peor de los casos, o sea, en caso de expropiación o venta forzosa por incumplimiento de los deberes

urbanísticos, sin tener que depender su garantía del normal o anormal desenvolvimiento del proceso urbanizador y edificador: el otorgamiento o no de la licencia o la posible caducidad de la misma, el cumplimiento o no de los plazos, conformidad o no con el proyecto aprobado..., sin perjuicio de atender a tales requisitos ya que su cumplimiento, aun adoptando las garantías precisas, siempre es positivo para el Banco, pues se duplicaría, caso de cumplirse, el valor sobre el que hacer efectiva la hipoteca.

Caso de no atender el Banco, a la hora de conceder el préstamo, al 50 por 100 del aprovechamiento del terreno y al coste de ejecución de la edificación, sino al 100 por 100 del valor del primero y al coste de reposición de la segunda, el riesgo de no ver satisfecho su derecho se incrementaría enormemente, convirtiéndose en parte activa del proceso, teniendo que velar en cada momento por el cumplimiento de los deberes urbanísticos y sin ninguna garantía de que no se produzca un posible incumplimiento que dé lugar a la expropiación o venta forzosa y por consiguiente a la reducción del valor de su garantía patrimonial, con grave perjuicio para él.

2. Como garantía adicional, y a pesar de reducir incluso a la mitad el importe del préstamo concedido por el Banco respecto a una situación normal, como medida preventiva y en atención a los nuevos criterios valorativos estudiados y los riesgos derivados del posible incumplimiento de los deberes urbanísticos, además, puede estipularse que sin perjuicio de que se concierte el préstamo por una cantidad máxima las *entregas de fondos* sean *parciales y sucesivas en función de la obra ejecutada*.

3. También podría el Banco *hipotecar* en garantía del posible préstamo a conceder no sólo el terreno y/o la edificación, sino *adicionalmente otros bienes del promotor o constructor* (o de un tercero hipotecante), quedando todos hipotecados en garantía del valor del terreno y/o de la edificación, pues esto le evitaría al Banco tener que estar al 50 por 100 del valor del terreno y/o al coste de ejecución de la edificación, así como tener que velar por el normal cumplimiento del proceso urbanizador y edificador, *pues la garantía hipotecaria sería muy superior en este caso al importe del préstamo concedido*.

4. También como garantías adicionales podrían adoptarse las que derivan de la *aplicación analógica de la Ley 57/1968, de 27 de julio*, que regula la percepción de cantidades anticipadas en la construcción y venta de viviendas y a la que remite, en materia de garantías, el artículo 7 del Real Decreto 515/1989, de 21 de abril, sobre protección de consumidores en cuanto a la información a suministrar en la compraventa y arrendamiento.

Aplicando analógicamente dicha Ley y como garantías no ya de los adquirentes de futuras viviendas que anticipan el dinero, sino del Banco, que es el que en nuestro supuesto de estudio realiza tal anticipación, podría

exigirse a los promotores o constructores, a tenor del artículo 1 de dicha Ley, las siguientes garantías adicionales a la hipoteca:

- a) Garantizar la devolución de las cantidades entregadas, más un porcentaje de interés anual (que la Ley fija en el 6 por 100), mediante *contrato de seguro* otorgado con entidad aseguradora autorizada e inscrita en el Registro pertinente, o por *aval solidario* prestado por entidad bancaria o Caja de Ahorros, igualmente inscrita en el Registro correspondiente, para el caso de que la construcción no se inicie o llegue a buen fin, por cualquier causa, en el plazo convenido.
- b) Percibir las cantidades anticipadas por el Banco a través de una entidad bancaria o Caja de Ahorros, en las que habrán de depositarse en *cuenta especial*, con separación de cualquier otra clase de fondos pertenecientes al promotor o constructor y de las que únicamente podrá disponer para las atenciones derivadas del proceso de urbanización y edificación. Para la apertura de estas cuentas o depósitos la entidad bancaria o Caja de Ahorros, bajo su responsabilidad, exigirá la garantía a que se refiere la letra a).

Además, la Ley de 27 de julio de 1968 desarrolla esta materia disponiendo en su artículo 3: «Expirado el plazo de iniciación de las obras o de entrega de la vivienda (iniciación o terminación de la edificación en nuestro caso) sin que una u otra hubiesen tenido lugar, el cesionario (el Banco) podrá optar entre la rescisión del contrato con devolución de las cantidades entregadas a cuenta, incrementadas con el 6 por 100 (o interés pactado) de interés anual o conceder al cedente (promotor o constructor) prórroga, que se hará constar en una cláusula adicional del contrato otorgado, especificando el nuevo período con la fecha de terminación de la construcción (y entrega de la vivienda).

El contrato de seguro o el aval unido al documento fehaciente en que se acredite la no iniciación de las obras o entrega de la vivienda (iniciación o terminación de la obra en nuestro caso) tendrá carácter ejecutivo a los efectos prevenidos en el Título XV del Libro II de la Ley de Enjuiciamiento Civil para exigir al acreedor o avalista la entrega de las cantidades a que el cesionario (Banco) tuviera derecho, de acuerdo con lo establecido en esta Ley.

Lo dispuesto en los dos párrafos anteriores se entiende sin perjuicio de los demás derechos que puedan corresponder al cesionario (Banco) con arreglo a la legislación vigente».

Por su parte, el artículo 6 de la citada Ley sanciona la no devolución por el promotor (o constructor) al adquirente (Banco) de la totalidad de las

cantidades anticipadas como delito o de apropiación indebida o falta contra la propiedad (según la cuantía), imponiéndose las penas de la estafa en su grado máximo.

Terminamos el estudio de dicha Ley señalando que en su artículo 7 dispone que los derechos reconocidos al cesionario tienen carácter irrenunciable.

Advertir finalmente, para concluir el análisis de este apartado y de este estudio, que *las garantías aludidas no se han de adoptar, en ningún caso, si se trata de municipios de menos de 25.000 habitantes*, pues en ellos, como vimos, no será aplicable la expropiación o venta forzosa por incumplimiento de los plazos para urbanizar o edificar, salvo que el Ayuntamiento, para la totalidad o parte del término municipal, acuerde su aplicación con carácter general. Así pues, en estos municipios, salvo acuerdo en contrario del Ayuntamiento, se aplicaría el régimen general de valoración y se podría tomar como valor de referencia, para la concesión del préstamo hipotecario, el valor total del terreno y el coste de reposición de la edificación.

ROBERTO SÁNCHEZ GARCÍA
Letrado del Banco Central-Hispano