

# El fenómeno urbanístico y la ley de Derecho Civil Foral

JESÚS FERNÁNDEZ DE BILBAO  
Abogado y miembro de la AVD/ZEA

FECHA DE RECEPCIÓN / SARRERA-DATA: 2011/10/16

FECHA DE ADMISIÓN / ONARTZE-DATA: 2011/11/22

**Resumen:** En este artículo se analiza el régimen jurídico de la propiedad del suelo, su contenido urbanístico y las facultades de edificación y aprovechamiento inherentes al mismo.

Se trata de una reflexión acerca del significado y alcance de la propiedad del suelo y de la normativa urbanística, desde la perspectiva del Derecho civil foral vasco.

El cuerpo del trabajo se centra en el estudio pormenorizado de la influencia de la legislación urbanística vigente en las instituciones esenciales del Derecho civil foral, desde su ámbito de aplicación hasta la troncalidad de los bienes, pasando por las facultades de libre disposición, de accesión, de libre aprovechamiento y de dominio y posesión de los bienes troncales.

**Palabras clave:** Clasificación y calificación urbanísticas; Función social de la propiedad del suelo; Adquisición preferente; Saca foral; Bienes troncales.

**Laburpena:** Artikulu honetan aztertzen da lurzoruaren araubidea, horren hirigintza edukia eta berari dagozkion erakitze eta aprobetxamentu ahalmenak.

Gogoeta egiten da , lurzoruaren eta hirigintza araubidetik abiatuak, euskal foru zuzenbide zibilaren norabidean. Zatiarik nagusienean iketzen da egungo hirigintza araubideak euskal foru zuzenbide zibilaren erakundeetan duen eragina, hasi aplikazio eremutik eta ondasunen tronkalitatearaino, artean direla aske xedatzeko ahalmena, akzesioa, erabilera askea eta ondasun tronkalen jabetza eta edukitza.

**Gako-hitzak:** Hirigintza sailkatze eta kalifikazioa; lurzoruaren jabetzaren erabilera soziala; lehenezko eskuraketa; foru-saka; ondasun tronkalak.

**Abstract:** This article analyses the law and jurisdiction of land ownership, its urban planning content and the powers of construction and inherent use thereof. It is a careful consideration on the meaning and scope of land ownership and urban planning regulations, from the perspective of the Basque *Foral Civil Law*.

The body of work focuses on the detailed analysis of the influence of the current urban planning legislation in key institutions of the *Foral Civil Law*, from its scope of application up to genealogical succession of real property, through to the powers of free disposal, accession, free use and ownership and possession of the genealogical succession of real property.

**Key words:** Urban planning classification and qualification; Social function of land ownership; preferential purchase, *Foral* leasehold; genealogical succession of real property.

1.- INTRODUCCIÓN. 2. LA CLASIFICACIÓN Y LA CALIFICACIÓN URBANÍSTICA DEL SUELO Y LA LDCFV. 3. RÉGIMEN DE LA PROPIEDAD DEL SUELO DETERMINADA POR LA NORMA URBANÍSTICA Y LA LDCFV. 4. FACULTADES DE LIBRE DISPOSICIÓN. ENAJENAR, GRAVAR, LIMITAR. 5. FACULTADES DE LIBRE DISPOSICIÓN. TRANSFORMAR. 6. FACULTADES DE ACCESIÓN. 7. FACULTADES DE LIBRE APROVECHAMIENTO. 8. FACULTADES DE POSESIÓN EXCLUYENTE Y REIVINDICACIÓN.

## 1. INTRODUCCIÓN

Frente a la concepción originaria del dominio del suelo del artículo 348 del C.c., que consideraba absolutas e inseparables todas las facultades inherentes al mismo, nuestro legislador, ya desde la Ley del Suelo de 12-05-1956, por mor de la función social de la propiedad, afirma que la mera titularidad de un terreno no da derecho a urbanizar (hacer urbe, ciudad) ni a edificar sobre el mismo.

Es lo que se conoce como contenido estatutario de la propiedad del suelo, absolutamente pacífico para la Jurisprudencia “*Los planes como productos normativos de la Administración, contribuyen a determinar el contenido del derecho de propiedad y las facultades urbanísticas que lo integran*” (STC nº 37/1987, de 26-03-1987 y STS, Sala 3ª, de 20-04-1999, p.ej.) y actualmente declarado por el artículo 7 del Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, por el que se aprueba el estatal Texto Refundido de la Ley de Suelo (TRLR 2008) y el artículo 18.1 de la Ley 2/2006, de 30 de junio de Suelo y Urbanismo (LSyU), del Parlamento Vasco: “*La ordenación urbanística determinada por esta Ley y sus disposiciones de desarrollo, y, en virtud de la misma, el planeamiento territorial y urbanístico, definen y delimitan las facultades y los deberes urbanísticos de la propiedad del suelo, vinculando éste y las construcciones, edificaciones e instalaciones, mediante la clasificación y calificación, a los correspondientes destinos, y mediante la programación a sus correspondientes plazos de ejecución*”.

En relación a la LDCFV, la normativa urbanística va a influir en aspectos tales como su ámbito de aplicación, las facultades del dominio y la

troncalidad, por poner sólo algunos ejemplos. Veámoslos, sin ánimo de una absoluta exhaustividad.

## 2. LA CLASIFICACIÓN Y LA CALIFICACIÓN URBANÍSTICA DEL SUELO Y LA LDCFV

Conforme al art. 10 de la LSyU la clasificación del suelo es su vinculación por la ordenación urbanística al régimen legal propio de las siguientes “clases”: urbano, urbanizable y no urbanizable. Dentro de las mismas existen diferentes “categorías”.

¿En qué influye la clasificación del suelo en la LDCFV?

El ámbito de aplicación de la LDCFV y la clasificación del suelo: Para la LDCFV, la clasificación del suelo es más importante que su calificación, o sea, (art. 15 de la LSyU) la asignación por el planeamiento de los distintos usos (residencial, industrial, comercial, dotacional...) a las diferentes zonas en las que divide la totalidad o parte del término municipal.

La clasificación del suelo determina la aplicación del Fuero de Vizcaya (Libro I de la LDCFV) “*en toda su extensión en el Infanzonado o Tierra Llana*” (art. 5 de la misma), por cuanto que la clasificación del suelo determina la exclusión del Fuero de Vizcaya a la parte no aforada de Bilbao y las doce villas (art. 6 de la LDCFV: Balmaseda, Bermeo, Durango, Ermua, Gernika-Lumo, Lanestosa, Lekeitio, Markina-Xemein, Ondarroa, Otxandio, Portugaleta y Plentzia, de la ciudad de Orduña y el actual término municipal de Bilbao).

Ello determina el estatuto personal, vecindad civil (cfr. art. 10 y 12 de la LDCFV y 14 del C.c.), de modo que a los efectos de la LDCFV, son vizcaínos quienes tengan vecindad civil en el Territorio Histórico de Bizkaia y dentro de los mismos se distingue entre “*Aforado o Infanzón*”, que es quien tenga su vecindad civil en territorio aforado y “*villano*” (término común no recogido en la LDCFV por su evidente malsonancia)

los que residan en la parte no aforada de las villas. En el Anteproyecto de Ley de Derecho Civil Foral Vasco de la Academia Vasca del Derecho es lo que se conoce como Vecindad Local.

Igualmente determina el estatuto real, separando de entre los bienes inmuebles o raíces los que son troncales por estar en dicha tierra llana (art. 18 de la LDCLFV) y, aun dentro de dichos bienes troncales los que están sujetos o no al Derecho Foral de Adquisición Preferente y a la Saca Foral (art. 112 y ss. de la LDCFV), como veremos luego.

Conforme al art. 7 dicho territorio no aforado, “*estará integrado por el perímetro actual del respectivo núcleo urbano originario y el suelo contiguo al mismo que esté calificado como “urbano” en el planeamiento vigente a la entrada en vigor de este Fuero*”, de modo que (art. 8) las modificaciones posteriores en el planeamiento urbanístico no alterarán la extensión del territorio no aforado. Es decir, habrá de estarse a la clasificación del suelo como urbano que hubo a los tres meses de su publicación (Boletín Oficial del País Vasco (BOPV) n° 153, de 7 de agosto de 1992), es decir, el 7 de noviembre de 1992, momento en que “*se congeló*” el crecimiento de las Villas.

A dichos efectos, la Disposición Adicional Primera de la LDCFV establece que los Ayuntamientos de las Villas vizcaínas no aforadas deberán elaborar, en el plazo de tres meses a partir de la publicación de esta ley, el plano que delimite el núcleo urbano originario y el suelo contiguo al mismo que esté calificado como “*urbano*” en el planeamiento vigente en el municipio.

Dichos planos de la Disposición Adicional Primera de la Ley 3/1992 fueron aprobados por la Juntas Generales su sesión de 4 de mayo de 1994 y remitidos al Tribunal Superior de Justicia. Sin embargo (<http://www.forulege.com/default.cfm?atala=mapak&hizkuntza=1>) son planos topográficos, algo confusos y de gran escala.

La clasificación del suelo reduce el ámbito de aplicación del derecho foral de adquisición preferente y la saca foral a lo rural (con la excepción

de los “edificios singulares”), pues conforme al art. 114 de la LDCFV “No tendrá lugar el derecho de adquisición preferente en la enajenación de fincas radicantes en suelo urbano, o que deba ser urbanizado según programa del Plan que se halle vigente.

*Por excepción, procederá el derecho de preferente de adquisición cuando se trate de la enajenación de un edificio, singular en su conjunto, cualquiera que sea su situación, si hubiere constituido el hogar familiar de un ascendiente del pariente tronquero”.*

En ambos casos se está haciendo una remisión en blanco por la LDCFV a conceptos jurídico-urbanísticos, como veremos.

¿Cuál es la clasificación del suelo a tener en cuenta para la LDCFV? Ha de ser analizada, en primer lugar, a la luz de las Disposiciones Transitorias de la LSyU y, muy particularmente la Disposición Transitoria Primera relativa a la clasificación del suelo desde la entrada en vigor de esta Ley (Disposición Final Quinta, a los dos meses de su publicación en el Boletín Oficial del País Vasco, es decir, el 20 de septiembre de 2006) y así:

Suelo urbano: La D.T. 3ª de la LSyU continúa con el clásico concepto formal, de adscripción “*Los terrenos que estén clasificados por el planeamiento como suelo urbano quedarán adscritos a la clase de suelo urbano*”. Luego se preocupa del régimen transitorio de las diferentes categorías en el suelo clasificado como urbano (dos categorías siguientes: suelo urbano consolidado, y suelo urbano no consolidado) pero dicha subcategorización no es de relevancia para la LDCFV, más allá de las facultades urbanísticas y el dominio sobre los bienes raíces. No lo es, desde luego, para los Derechos Foral de Adquisición Preferente y a la Saca Foral.

Suelo urbanizable: La clasificación de este suelo es esencial desde el punto de vista de troncalidad y los derechos de adquisición preferente forales. pues dispone el artículo 114 de la LDCFV: “*No tendrá lugar el derecho de adquisición preferente en la enajenación de fincas radicantes en suelo urbano, o que deba ser urbanizado según programa del Plan que se halle vigente*”. Luego lo veremos con más detenimiento.

Suelo Rústico (Suelo no urbanizable): Conforme a la D.T.1<sup>a</sup>.3 de la LSyU, los terrenos que estén clasificados por el planeamiento general como suelo no urbanizable se considerarán suelo no urbanizable en la categoría que corresponda.

El suelo que esté clasificado por el planeamiento general como suelo no urbanizable de núcleo rural quedará adscrito a la categoría de suelo no urbanizable de núcleo rural prevista en esta Ley, salvo que no reúna los requisitos para su inclusión y clasificación en esta categoría, en cuyo caso quedará adscrito a la de suelo urbano. Luego veremos qué requisitos son éstos, consecuencia de los cuáles estos caseríos quedarán excluidos del derecho foral de adquisición preferente.

Los núcleos rurales que hayan completado su desarrollo conforme a las previsiones de la Ley 5/1998, de 6 de marzo, del Parlamento Vasco, de medidas urgentes en materia de régimen del suelo y ordenación urbana quedarán consolidados, quedando prohibido que se efectúen nuevos desarrollos bajo la categoría de núcleo rural. Los nuevos desarrollos en estos núcleos requerirán de la previa reclasificación del núcleo rural a la clase de suelo urbano, y de los suelos de desarrollo a las de suelo urbano o suelo urbanizable, según corresponda (ídem la Disposición Adicional Sexta de la LSyU). Ello conllevará la enervación del derecho los Derechos Foral de Adquisición Preferente y a la Saca Foral, como estudiaremos luego.

La clasificación del suelo y su prueba cara a la LDCCFV: La clasificación del suelo aunque debe corresponderse, en teoría, a un contenido material del mismo (título material) es un concepto eminentemente formal, adscripciones dadas por el planeamiento urbanístico (título formal), ex art. 11 y ss. y 88 de la LSyU y art. 9 del Real Decreto Legislativo 1/1992, de 26 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley sobre el Régimen del Suelo y Ordenación Urbana (TRLR 1992), Decreto 132/1994, de 15 de marzo, sobre aplicación en la Comunidad Autónoma del País Vasco del TRLR 1992 y art. 76 y ss. del Texto Refundido de la Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana aproba-

do por Real Decreto 1346/1976, de 9 abril (TRLR 1976): “*La aprobación de los planes urbanísticos o, en su caso, la resolución que ponga fin al pertinente procedimiento administrativo producirá, de conformidad con su contenido la vinculación de los terrenos, las instalaciones, las construcciones y las edificaciones al destino que resulte de su clasificación, categorización y calificación y al régimen urbanístico que consecuentemente les sea de aplicación*”.

Entramos en los medios de prueba de la clasificación de terrenos:

Los Planos de la Diputación Foral de Bizkaia previstos en la Disposición Adicional Primera de la LDCFV: Prevé unos planos que delimiten la parte aforada y no aforada de las villas a 7 de noviembre de 1992, mas dichos planos, amén de poco precisos, como se ha dicho, están, como no, sujetos al fundamental principio de valoración conjunta y sistemática de la prueba (cfr. art. 217 de la LEC), pues no son más que actos administrativos provistos de la presunción (*iuris tantum*) de validez y eficacia (cfr. art. 57 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común) deberemos recurrir a diferentes medios de prueba.

Además de insuficientes, los planos producidos en virtud de Disposición Adicional Primera es dudoso que puedan hacer prueba plena sobre su contenido a la hora de deslindar las zonas aforadas y no aforadas de las villas. Y esta reflexión también es aplicable respecto de cualquier otro plano (p.ej. sobre clasificación del suelo) dentro del marco general de las competencias estatales sobre jerarquía normativa y fuentes del derecho (art. 149.1.8° de la Constitución).

Efectivamente, es Jurisprudencia generalizada que en caso de contradicción del plano con la norma urbanística, tiene preferencia ésta, ya que los planos no reproducen materialmente el objeto sino que lo expresan mediante un reduccionismo, necesitado de unos cálculos e interpretaciones que no son inmunes a posibles errores. Esta es una consolidadísima postura Jurisprudencial de la que son exponentes las STS, Sala 3ª, de 23-06-1987, 14-12-1989, 30-04-1998 y 28-1-1999.



Y, en todo caso, el enclavamiento de una finca concreta en una zona u otra de las villas no está reflejado en dicho plano, luego deberemos recurrir a algún medio de prueba complementario que acredite dicha ubicación.

El registro administrativo del planeamiento urbanístico: El art. 89 de la LSyU (también el art. 70 ter de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local) prevé dicho instrumento legal de publicidad, que existirá en las diputaciones forales, para lo cuál, los planes urbanísticos y sus modificaciones y revisiones se remitirán por los ayuntamientos para su depósito en el registro de la correspondiente diputación foral, con carácter previo a la publicación. Estos registros forales deberán estar establecidos en soporte informático y convencional, estarán conectados entre sí para formar el Registro Vasco de Planeamiento gestionado por el departamento competente en materia de ordenación del territorio. En todo caso, deberán organizarse de forma que tengan suficiente capacidad de gestión para garantizar la consulta por cualquier persona de la documentación integrante del planeamiento depositado. De dicho precepto deducimos que estamos en presencia de documentos meramente informativos, pues:

La remisión es previa a la preceptiva publicación. Pues bien, la clasificación urbanística sólo puede surgir de un plan aprobado y publicado, pues tanto los art. 123 y 124 del TRLS 1992, como los art. 42 y ss. TRLS 1976, como el art. 89.5 de la LSyU, como el art. 70.2 de la Ley de Bases de Régimen Local, ordenan la publicación en el boletín oficial del territorio histórico el contenido íntegro de los acuerdos de aprobación definitiva de los planes urbanísticos y sólo desde ese momento son eficaces, entran en vigor. En el mismo sentido, debe recordarse que doctrina jurisprudencial reiterada de la que son exponentes las STS, Sala 3ª, de 18-06-1998 y de 17-12-1998 que la falta de publicación de un Plan de Urbanismo no le hace inválido, sino ineficaz (cfr. art. 57 de la Ley 30/92, de 26 de noviembre) pues prescribe los actos administrativo son válidos desde la fecha en que se dictan, si bien su eficacia quedará demorada

cuando está supeditada a su publicación. Se trata, en consecuencia, de conceptos distintos: un acto puede ser válido pero puede no ser todavía eficaz si le falta la publicación, y la falta de ésta no significa la invalidez del acto, sino la imposibilidad de ejecutarlo, lo que es distinto. En el caso presente, la falta de publicación íntegra del plan impedirá que la Administración lo imponga a los particulares en ninguno de sus efectos y, por lo tanto, por la remisión en blanco de la LDCFV a la LSyU, no habrá de estarse a su clasificación de los predios.

La remisión es anterior a la publicación, luego puede haber discordancias con la misma.

Con carácter meramente informativo y no vinculante, en [http://www.bizkaia.net/home2/Temas/DetalleTema.asp?Tem\\_Codigo=1813](http://www.bizkaia.net/home2/Temas/DetalleTema.asp?Tem_Codigo=1813) disponemos de una aplicación que contiene, entre otras la “*Clasificación y calificaciones global y pormenorizada del suelo por municipio (...) Planeamiento vigente por municipio, concretando el que afecta a cada unidad de ejecución, sector y ámbito de plan especial, con sus fechas de aprobación definitiva y las de la publicación de su normativa en el Boletín Oficial de Bizkaia...*”.

La cédula urbanística: Prevista en el art. 4 del Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Suelo y los art. 9 y 89 de la LSyU.

El principio general es que la totalidad de la documentación integrante del planeamiento en vigor tendrá carácter público y al efecto todo ciudadano tiene derecho a obtener certificaciones o copias certificadas de la ordenación urbanística aplicable a unos inmuebles concretos.

En relación al régimen jurídico de esta figura de la Consulta Urbanística, el Tribunal Supremo sintetiza en dos las notas finales de la consulta urbanística: el carácter coercitivo de su expedición para la Administración competente y, por otro lado, la no vinculación de su contenido para el órgano administrativo que la emite. La consulta es, por tanto, un acto de valor meramente informativo que en modo alguno podrá detener la efectividad del planeamiento en vigor ni congelar la normativa aplicable.

Y así, el art. 9.2 de la LSyU establece que la confianza en la veracidad y corrección de dicha información se presumirá legítima a los efectos, en su caso, de la responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas. En caso de error, los documentos expedidos no vinculan a la Administración, sin perjuicio de las indemnizaciones procedentes por daños y perjuicios.

Por lo tanto, la consulta escrita se configura, como un instrumento de publicidad que expresa documentalmente las diversas circunstancias urbanísticas aplicables a los distintos terrenos o ámbitos determinados según los instrumentos de planeamiento y de gestión. Es a la Administración municipal y no a otra a la que corresponde los deberes de velar por la legalidad urbanística e informar y certificar a los particulares sobre las características urbanísticas de los predios, tanto por el sentido de los art. 208 y ss. de la LSyU como del Decreto de 17 de junio de 1955, por el que se aprueba el Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales.

Pero que la consulta urbanística no legitime la adquisición de facultades urbanísticas, no quiere decir que, como se desprende de dicha presunción de legitimidad del art. 9.2 de la LSyU (y del art. 57 de la Ley 30/1992) no tenga la fuerza probatoria del artículo 319. 1 de la LEC, o sea, “*harán prueba plena del hecho, acto o estado de cosas que documenten, de la fecha en que se produce esa documentación y de la identidad de los fedatarios y demás personas que, en su caso, intervengan en ella*”. Y conforme al art. 168 del Reglamento de Planeamiento para el desarrollo y aplicación de la Ley sobre régimen del Suelo y Ordenación Urbana (R.D. 2159/1978, de 23 de junio) la cédula urbanística hará referencia a las siguientes circunstancias urbanísticas, datos claves a los efectos –en el amplio sentido de la palabra– del presente estudio:

*a) Situación de la finca, con expresión de sus linderos y si está o no edificada.*

*b) Plan de Ordenación o Norma Complementaria o Subsidiaria por cuyas determinaciones se encuentra afectada y fecha de aprobación del instrumento de planeamiento de que se trate.*

- c) Clase y categoría de suelo en la que se halla enclavada.*
- d) Unidad de actuación, polígono o sector de que se trate.*
- e) Uso e intensidad que tenga atribuida por el Plan o Normas.*
- f) En suelo urbanizable programado y en suelo comprendido en un Programa de Actuación Urbanística, aprovechamiento medio del sector en que se encuentre la finca y aprovechamiento medio general.*
- g) Sistema de actuación aplicable al polígono o unidad de actuación.*
- h) Sector o polígono donde se hará efectivo el derecho del propietario al aprovechamiento medio, en los supuestos en que no se aplique la expropiación para la adquisición de la finca de que se trate, cuando ésta esté situada en terrenos destinados a sistemas generales”.*

La Ficha Urbanística: Es un documento generalmente incorporado a todos los Planes Generales de Ordenación Urbana o las Normas Subsidiarias que recoge todos o prácticamente todos los datos que acabamos de ver precisa la Cédula Urbanística. Viene a ser a esta última lo que la Nota Simple es a la Certificación o la Copia Simple a la Copia autorizada, por cuanto que carece de firma y sello de expedición pero suele ser una buena base de partida para precisar los datos urbanísticos de una finca.

El Informe Pericial: Uno de los escasos peritajes de derecho, atípico, pues el artículo 281.2 de la LEC sólo prevé como tales sobre la costumbre y el derecho extranjero, pero ampliamente usado en el Foro, especialmente en el Orden Contencioso Administrativo. Esta curioso pericial jurídico-urbanística (cfr. art. 335 de la LEC) versa sobre la aplicación de un derecho interno, cuáles son los planes urbanísticos, que no dejan de ser orden Ordenanzas Locales (artículos 70.2 y 84.1.a) de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local).

Entendemos que es la mejor prueba de la clasificación de los terrenos, pues la normativa urbanística puede llegar a ser muy complicada y que la situación urbanística es la que es.

### 3. RÉGIMEN DE LA PROPIEDAD DEL SUELO DETERMINADA POR LA NORMA URBANÍSTICA Y LA LDCFV

Ya hemos dicho que por mor de la función social de la propiedad del suelo ésta tiene lo que se conoce como contenido estatutario de la propiedad del suelo, absolutamente pacífico para la Jurisprudencia y así la STS, Sala 1ª, de 17-11-2006 resume la cuestión: La legislación ordinaria, estatal o autonómica, delimita o conforma el contenido de la propiedad y así, las facultades dominicales se han de ejercer “*dentro de los límites y con el cumplimiento de los deberes*” impuestos por la planificación. Dichos límites son de carácter institucional, general, y aplicación automática, frente a las limitaciones de carácter excepcional o de tipo expropiatorio sólo ocurren cuando se trata de sacrificios singularizados mediante el procedimiento correspondiente.

Así, el punto de partida, el único derecho del propietario del suelo por se, salvo que el ordenamiento urbanístico señale otro uso, es únicamente a los usos agrícolas, forestales, ganaderos o cinegéticos (STS, Sala 3ª, de 30-07-2008 y 12-05-1987, artículo 10.1 del T.R. de la L.S. de 2008 y los artículos 21 a 23 de la LSyU). Y sólo mediante el cumplimiento de los deberes urbanísticos en el suelo urbano y urbanizable se adquiere como añadido en contrapartida a dichos deberes el derecho a edificar (STS, Sala 3ª, de 29-09-1980, 14-06-1983 y 12-05-1987, o sea, como dice ésta última “*el propietario haya ganado los contenidos artificiales que se añaden a su derecho inicial*”). En idéntico sentido, el artículo 23 de la LSyU).

Efectivamente, la normativa urbanística no sólo delimita las facultades dominicales sobre el suelo, sino también impone ciertos deberes “*obligaciones propter rem*” que pesan sobre el titular del mismo, sea cuál sea su naturaleza jurídica, cuestión que luego veremos, particularmente a la hora de abordar la transformación urbanística de las fincas, condicionado al cumplimiento de dichas cargas o deberes, cuestión que luego abordaremos en su relación con la LDCFV.

El corolario del sistema lo conforma el principio de subrogación legal de todo adquirente en la situación urbanística de la finca que entra en su

patrimonio, principio proclamado el artículo 19, tanto de la LSyU, como del T.R. de la L.S. de 2008, el cuál reza en su apartado 1 que “*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 y 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...*”.

Sin embargo, desde el punto de vista de la LDCFV, el impacto de la LSyU es menor, pues, a salvo lo que diremos después sobre ejecución del planeamiento, ejecución de sistemas generales o dotaciones del suelo, la legislación urbanística incide muy decididamente en unas facultades del dominio y muy pocas en otras.

Al efecto, partiremos de la clásica distinción de las facultades del dominio, que iremos desgranando en los epígrafes siguientes: Facultades de libre disposición. Enajenar, gravar, limitar, transformar, facultades de accesión, facultades de libre aprovechamiento y facultades relativas a la posesión excluyente y reivindicación.

#### 4. FACULTADES DE LIBRE DISPOSICIÓN. ENAJENAR, GRAVAR, LIMITAR

En general la LSyU no incide de manera clave en las facultades citadas de enajenar, gravar o limitar bienes raíces, mientras que, precisamente, son el objeto fundamental de la LDCFV, en instituciones tales como la troncalidad (cfr. art. 17 y ss.), las sucesiones (cfr. art. 27 y ss.), el régimen económico del matrimonio (cfr. art. 93 y ss.), Derechos de Adquisición Preferente Foral y la Saca Foral (art. 112 y ss.) y el estatuto del Caserío en Guipúzcoa (art. 147 y 150 y ss.).

La irrelevancia de la titularidad jurídico-civil cara a la ejecución del planeamiento: El carácter troncal o no, bajo comunicación foral o no,

pendiente el ejercicio de poder testamentario o no de los bienes y los derechos sujetos a la reparcelación no afectan a ésta.

Las litis al efecto deben dirimirla los Juzgados y Tribunales civiles conforme al artículo 103.4 del Real Decreto 3288/1978, de 25 de agosto, por el que se aprueba el Reglamento de Gestión Urbanística para el desarrollo y aplicación de la Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana que establece que *“Si la discrepancia se plantea en el orden de la titularidad de los derechos, la resolución definitiva corresponde a los tribunales ordinarios. El proyecto de reparcelación se limitará, en tal caso, a calificar la titularidad de dudosa o litigiosa, según proceda. La Administración actuante asumirá la representación de los derechos e intereses de esas titularidades a efectos de la tramitación del expediente. Los gastos que sean imputables a las titularidades referidas podrán hacerse efectivos por vía de apremio en caso de impago”*. Ante la insuficiente normativa autonómica, falta desarrollo reglamentario, sigue vigente dicho Reglamento de Gestión Urbanística estatal.

Dicho precepto caracteriza como civil la contienda, pues siendo la Jurisdicción Contencioso-Administrativa meramente revisora de la actuación de la Administración pública (artículo 91 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y artículo 1 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa), no le compete revisar la titularidad jurídico civil, como han declarado las STS, Sala 3ª, de 23-04-1992, 4-06-2008 y 18-3-2009.

Y es que en orden a determinar las titularidades de las facultades del dominio, sólo la Jurisdicción es competente, no la Administración, y mucho menos la Administración local, como es reiterada Jurisprudencia a propósito de los datos que figuren en el Catastro: *“...como ya dijo la sentencia de 4 de noviembre de 1961 “la inclusión de un mueble o de un inmueble en un Catastro, (...) no puede constituir por sí sola un justificante de tal dominio, ya que tal tesis conduciría a convertir a los órganos administrativos encargados de ese registro en definidores del derecho de propiedad y haría inútil la existencia de los Tribunales de justicia, cuya misión es precisamente la de declarar los derechos controvertidos; “...”* (STS, Sala 1ª, de 2-3-1996 y de 2-12-1998).

Otra cosa es que los titulares de derechos reales –y no reales, como los arrendamientos– deban ser notificados y oídos en estos procedimientos administrativos, cuestión que excede del objeto de este trabajo.

Enajenación de terrenos y la LDCFV: Ya hemos visto que los art. 19, tanto de la Ley de Suelo y Urbanismo, como del TRLS 2008 prevén dichos actos irrelevantes para la acción urbanística, de modo que el cambio de propietario debe resultar intrascendente y el adquirente ha de quedar subrogado en la posición jurídica del transmitente, sin que sea obstáculo la protección derivada del Registro de la Propiedad sea por los art. 13 ó 34 de la Ley Hipotecaria – STS, Sala 3<sup>a</sup>, de 24-04-1984, 10-05-1990, 9-10-1990, 8-11-1990, 18-01-1996, 12-12-1997, 7-02-1998, 26-9-2006, 6-2-2007 y 25-9-2007, entre otras.

No obstante desde 1998, la Ley distingue entre (artículo 19.1 del TRLS 2008) entre A) “*los derechos y deberes del anterior propietario*”, o sea los que nacen de la normativa urbanística o de estrictos actos administrativos de ejecución de la legislación urbanística (aunque no cualesquiera condiciones que puedan imponer las licencias administrativas, cfr. STS, Sala 3<sup>a</sup>, de 10-05-1990), en los que la subrogación es automática, por ministerio de la ley, y B) “*las obligaciones por éste asumidas frente a la Administración competente y que hayan sido objeto de inscripción registral, siempre que tales obligaciones se refieran a un posible efecto de mutación jurídico-real*” en los que la subrogación sólo es oponible a terceros previa publicidad en el Registro de la Propiedad.

Pues bien: ¿Qué clase de “*obligaciones asumidas frente a la Administración, qué convenios quedarán sometidos al régimen de publicidad? ¿Son sólo oponibles si se inscriben en el Registro de la Propiedad?*”

Estamos hablando de los convenios de ejecución urbanística, cuya finalidad es establecer los términos y las condiciones de la gestión y la ejecución del planeamiento en vigor en el momento de la celebración del convenio, no de los convenios sobre ordenación urbanística, para la determinación del contenido de posibles modificaciones del planeamiento



en vigor (cfr. STS, Sala 3<sup>a</sup>, de 3-02-2003 y Disposición Adicional Séptima de la Ley de Suelo y Urbanismo).

Hay un intenso debate doctrinal sobre el particular, que se pone de acuerdo en el carácter de “*numerus apertus*” de las obligaciones de que trata el precepto, especialmente a la vista del artículo 1.8 del Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio, por el que se aprueban las normas complementarias al Reglamento para la ejecución de la Ley Hipotecaria sobre inscripción en el Registro de la Propiedad de actos de naturaleza urbanística.

La Ley de Suelo y Urbanismo es menos protectora y extiende la subrogación legal, a despecho del Registro de la Propiedad, a todos los supuestos, deriven de la ley o de los convenios urbanísticos, conforme a su artículo 19 “... *quedando el adquirente legalmente subrogado en el lugar y puesto del transmitente, incluso por lo que respecta a los compromisos asumidos para la urbanización y la edificación, sin perjuicio del ejercicio contra el transmitente de las acciones que procedan*”.

A mayor abundamiento, en los supuestos clásicos previstos por la LDLCV (sucesión mortis causa, voluntaria o forzosa, transmisión inter vivos a título gratuito u oneroso, o sea, testamentos, pactos sucesorios, donaciones, sucesión forzosa, liquidaciones de regímenes conyugales) el adquirente se subroga en la posición del transmitente (cfr. art. 659 y 1257 del C.c.) sean los bienes de naturaleza rústica o urbana.

Hemos visto que el régimen de la subrogación en el estatus urbanístico de la finca es de gran inseguridad jurídica. Mayor inseguridad da, todavía, el régimen de subrogación o no en los compromisos urbanísticos no inscritos en el Registro de la Propiedad, especialmente, gracias a la normativa autonómica vasca.

Esta complejidad, y la correlativa inseguridad, tiene no obstante una cláusula de salvaguardia que es el deber de informar de la situación urbanística de la finca, pues el legislador entendió, acertadamente, que el régimen de publicidad de la legalidad urbanística no era instrumento

suficiente para que, en el tráfico jurídico, el adquirente de fincas tuviera un conocimiento adecuado de la situación urbanística de las fincas. Así en determinados supuestos, como contrapeso a esa subrogación legal, estableció como deber específico la consignación en el título de determinadas circunstancias que aseguraran un “*consentimiento informado*” por la parte adquirente de la realidad urbanística de la finca que adquiriría.

Por ello establece el artículo 19 del TRLS 2008 que:

“2. *En las enajenaciones de terrenos, debe hacerse constar en el correspondiente título:*

*a. La situación urbanística de los terrenos, cuando no sean susceptibles de uso privado o edificación, cuenten con edificaciones fuera de ordenación o estén destinados a la construcción de viviendas sujetas a algún régimen de protección pública que permita tasar su precio máximo de venta, alquiler u otras formas de acceso a la vivienda.*

*b. Los deberes legales y las obligaciones pendientes de cumplir, cuando los terrenos estén sujetos a una de las actuaciones a que se refiere el apartado 1 del artículo 14.*

*3. La infracción de cualquiera de las disposiciones del apartado anterior facultada al adquirente para rescindir el contrato en el plazo de cuatro años y exigir la indemnización que proceda conforme a la legislación civil”.*

Conforme a la Jurisprudencia dicho precepto impone un deber del transmitente, se trata de prestar un “*consentimiento informado*”, de modo que no es válido traspasar al adquirente el deber de informarse (cláusulas del tipo “*quien manifiesta conocer la situación urbanística*”), ni excusarse el transmitente en la posibilidad del adquirente de dotarse de información propia. La información debe ser “*veraz y completa*” (STS, Sala 1ª, de 3-06-2003) y referida al momento de la transmisión, no la anterior o posterior (cfr. STS, Sala 1ª, nº 289/2009 de 05-05-2009 y SAP de Vizcaya, Sec. 5ª, de 02-04-2008).

Desde el punto de vista de la LDCFV, puesto que este precepto impone que en toda enajenación de terreno, cualquiera que sea su título debería indicarse la información de referencia, incide en las siguientes instituciones forales:

Dicha “*enajenación*” excluye los testamentos (cfr. art. 27 de la LDCFV y 609 del C.c. y CASTÁN), pues: 1.- en la transmisión mortis causa (incluida la donación mortis causa) no hay enajenación (transmisión-adquisición) sino institución de heredero o legatario –directa por el causante o indirecta, por comisario- y correspondiente aceptación antes de la prescripción de tal derecho y efectos retroactivos de aquélla a la muerte del causante (art. 440, 661 y 882 del C.c.). 2.- El contenido de los testamentos (cfr. art. 29 de la LDCFV y 662 y ss. del C.c. es muy específico y de relación de especialidad respecto de los actos inter vivos) y 3.- la subrogación del heredero en la posición del causante (art. 661 del C.c.), equivalente al hecho que el legatario de cosa específica y determinada sufre su pérdida, deterioro aumento o mejora desde la muerte del testador (art. 882 del C.c.) supone que los bienes inmuebles pasan al sucesor tal cuál, sin posibilidad de reembolso.

Otra cosa es el hecho de que, cara a la intangibilidad cuantitativa y cualitativa de la legítima, su computación y colación (cfr. art. 60 y 62 de la LDCFV y art. 813, 815, 814, 817 y 1035 del C.c.) y la partición de la herencia (art. 782 y ss. de la LEC y 1051 y ss. del C.c.) el valor del bien será indudablemente determinado por su condición urbanística.

Las donaciones –singulares y universales- y pactos sucesorios, incluidas las capitulaciones matrimoniales, con transmisión de presente de bienes, como contratos, actos de enajenación, que son (STS de 31-07-1999 y SAP de Vizcaya, Sec. 3ª, de 11-05-2001), deberán contener la referida información, so pena de incurrir en causa de rescisión (art. 19.3 del TRLS 2008) además de las demás causas de ineficacia previstas en la LDCFV y el C.c..

En la transmisión a título oneroso de bienes troncales es igualmente de aplicación dicho precepto, tanto se transmita el mismo voluntaria-

mente a parientes tronqueros a terceros, como en virtud de derecho de adquisición preferente lo adquieran dichos parientes tronqueros. En este último caso dicha información no ha de constar en los edictos pues no lo exige así el art. 116 de la LDCFV, pero sí en la escritura pública de transmisión (art. 117 de la LDCFV), es decir en aquélla que es consumación del ejercicio del derecho foral de adquisición preferente.

La única excepción son las ventas en subastas consecuencia de ejecuciones (art. 124 de la LDCFV), pues como argumenta la STS, Sala 1ª, de 24-03-1993 el suministro de dicha información es de imposible cumplimiento en la generalidad de los supuestos, pues no hay cauce jurídico para introducir en los títulos que gozan de protección registral las cláusulas o compromisos puramente obligacionales contraídos por los propietarios y los acreedores hipotecarios no tienen porqué analizar las situaciones creadas posteriormente a la hipoteca por la acción administrativa de la Ley del Suelo (STS, Sala 1ª, de 15-12-1992).

Otro problema adicional de las facultades de enajenación, gravamen y limitación del dominio son las transferencias de aprovechamientos urbanísticos y el impacto de las políticas de reserva y adquisición de patrimonios públicos de suelo.

Transferencia de aprovechamientos urbanísticos y la LDCFV: Muy gráficamente la LSyU en su Disposición Transitoria Sexta equipara el concepto de aprovechamiento urbanístico de la anterior normativa al de edificabilidad urbanística, la cuál conforme a su artículo 35.3 es “*Se entiende por edificabilidad urbanística la edificabilidad física correspondiente a los usos y actividades de carácter lucrativo establecidos por la ordenación urbanística para un ámbito territorial determinado, quedando por tanto excluida la edificabilidad física de las dotaciones públicas existentes o previstas para dicho ámbito*”. Es decir, la edificabilidad urbanística es susceptible de aprovechamiento por los particulares.

Pues bien, tales derechos edificatorios son transmisibles separadamente de la finca a que originariamente pertenecían y correspondientemen-

te inscribibles, de modo que su transmisión, distribución y gravamen podrá ser objeto de inscripción (art. 51.1.e) del T.R. LS 2008) en el folio de la finca a la que el aprovechamiento acrece o entre las que se distribuya, y se hará constar por nota al margen de la última inscripción de dominio de la finca de que proceda (art. 33 del R.D. 1093/1997). Por ello, ciertamente recuerdan a los bienes inmuebles por analogía (art. 334.10 del C.c. “10. *Las concesiones administrativas de obras públicas y las servidumbres y demás derechos reales sobre bienes inmuebles*”).

Ello plantea a la luz de la LDCFV las siguientes cuestiones en relación a la separada enajenación de esta facultad urbanística:

En relación a la troncalidad: En primer lugar debemos aclarar que el conflicto es raro que se de, desde luego desde el punto de vista de los derechos de adquisición preferente troncales y de la Saca Foral, pues los mismos, como es sabido están excluidos del suelo no urbanizable y del urbanizable no programado (actualmente no sectorizado), pues la transferencia de aprovechamientos tiene lugar en suelo urbanizado o urbanizable sectorizado/programado (art. 41 de la LSyU). O sea, que generalmente cuando se grave o transmita el aprovechamiento tendrá lugar a título oneroso –es prácticamente inimaginable que tenga lugar a título lucrativo– y no habrá pleito sobre el particular.

Por el contrario, determinar si el aprovechamiento urbanístico es o no un bien raíz troncal (art. 19 de la LDCFV) atañe a su transmisión a título gratuito inter vivos y a título mortis causa y a la comunicación foral de bienes.

Entendemos que puede prescindirse del carácter troncal del aprovechamiento urbanístico con argumentos de Derecho positivo:

¿Podemos rechazar el carácter troncal del aprovechamiento urbanístico por ser un fruto? A favor tenemos que prima facie es accesorio del terreno, surge por la mera titularidad del mismo y es fungible y sin perjuicio de otras facultades de disfrute de dicho fundo, así como que, lo

que hace el titular no es desprenderse del bien raíz mismo sino de un producto concreto, de una facultad urbanística, la edificatoria, líquida y exigible, que más podría asemejarse a un fruto industrial (cfr. art. 355 del C.c.) como percibido a consecuencia del trabajo (transformación urbanística, operación jurídico-física), frutos percibidos que no son raíces troncales (art. 19.1, pfo. 3º de la LDCFV: “*No están sujetos al principio de troncalidad los frutos pendientes y las plantas, cuando sean objeto de transmisión separada del suelo, ni los árboles, cuando se enajenen para su tala*”).

Sin embargo, aparte que ello contradice el carácter jurídico-real inmobiliario de tales aprovechamientos, deducido de su posible inscripción en el Registro de la Propiedad (art. 33 del R.D. 1093/1997), ello daría lugar a consecuencias ilógicas en el ámbito de la comunicación foral de bienes, a saber, que dicho aprovechamiento sería bien ganado, no proveniente de un cónyuge (art. 97 de la LDCFV y 1347.2 del C.c.), lo que es incompatible con la prelación troncal (art. 20 y ss. de la LDCFV).

Asimismo, el aprovechamiento urbanístico, como edificabilidad fungible, como facultad de accesión fungible (art. 353 y ss. del C.c.), es incompatible con la troncalidad, que es “*intuitae res*” (art. 20 y 22 de la LDCFV).

Creemos que la respuesta negativa al carácter troncal de los aprovechamientos viene dada por la propia definición de la troncalidad en el art. 19.1 de la LDCFV, de modo que la misma sólo se extiende a “*todo lo que sobre el mismo* (suelo, ese mismo concreto, determinado e identificado, suelo –trato de evitar el “*intuitae personae*”) *se edifica, planta o siembra*”.

Dicho precepto foral supone una remisión muy precisa a los inmuebles por naturaleza (art. 334, apt. 1 y 2 del C.c.) y no de los inmuebles por analogía (art. 334.10 del C.c.).

Porque efectivamente para M<sup>a</sup>. Jesús JIMÉNEZ LINARES (El derecho al aprovechamiento urbanístico. Editorial Aranzadi, S.A. Pamplona, 1997) el aprovechamiento urbanístico lucrativo es un bien en sí mismo, la conexión del aprovechamiento urbanístico con el suelo es esencial, pero no es un fruto -en sentido civil del mismo (por carecer de relación causa-efec-

to, reproducibilidad y separabilidad), la relación suelo-aprovechamiento urbanístico es de accesoriedad, siendo lo accesorio el suelo, sin que el aprovechamiento urbanístico sea pertenencia ni parte integrante del mismo. Es un bien o derecho inmaterial, inmobiliario, intra commercium, divisible, consumible, fungible, individualizable, apropiable por disposición de la Ley y transmisible y gravable, pues puede ser hipotecado autónomamente. Su naturaleza Jurídica no es la de facultad del dominio inmobiliario, sino un derecho subjetivo diferente de carácter real, pleno, oponible a tercero, de goce y caracterizable como propiedad especial a partir de las exigencias de su función social. Es un derecho de propiedad con un objeto distinto del suelo aunque haya de transformar en él mediante la edificación. La adquisición del aprovechamiento urbanístico puede ser originaria (por cumplimiento de los deberes de cesión, equidistribución y urbanización) o derivativa (por medio de negocio jurídico traslativo cuyo objeto sea el aprovechamiento). La titularidad del aprovechamiento urbanístico aparece ligada en principio -en función de la legislación autonómica esto es claramente variable- a la del suelo ordenado. Una vez concretado, es protegible por medio de acción reivindicatoria y, en su caso, interdicto de obra nueva (ante actuaciones indebidas de aprovechamiento por terceros). La extensión de la hipoteca constituida sobre el suelo, en relación con el aprovechamiento urbanístico es compleja.

En relación a la comunicación foral de bienes: El art. 33 del R.D. 1093/1997 no admite dudas, pues habla de “*transferencias*”, o sea, transmisiones, y exige “*se formalice en escritura pública otorgada por el titular o titulares de las fincas sobre las que se distribuya el aprovechamiento, o que resulten afectadas por la transmisión, así como por los titulares de los derechos inscritos o anotados sobre las mismas y que resulten afectados por la transferencia de aprovechamiento*”, luego es un acto de disposición sujeto al consentimiento de ambos cónyuges (art. 99 de la LDCFV), sea el bien origen de la edificabilidad privativo o ganado.

Y, por mor del principio de subrogación real (art. 97, 109 y 110 de la LDCFV) el aprovechamiento urbanístico tendrá carácter ganado o privativo en correspondencia al bien de que provenga.

Reservas de suelo y la LDCFV. Los art. 119 y ss. de la LSyU prevén que podrán delimitarse (por el plan general, o por acuerdo municipal de establecimiento de nuevas reservas o ampliación de las previstas en el planeamiento general), en suelo no urbanizable no sujeto a especial protección y en suelo urbanizable no sectorizado, reservas municipales de suelo para su adquisición con destino al patrimonio público de suelo (preferentemente para la construcción de viviendas sujetas a protección pública o edificaciones e instalaciones industriales o terciarias, de fomento o interés público así como a otros usos públicos o de interés social).

Las Administraciones públicas sólo tienen dos maneras jurídico-urbanísticas (modos civiles de adquisición del dominio, aparte) de adquirir la propiedad de tales suelos, ora por ejercicio de ciertos derechos de tanteo y retracto, ora mediante la expropiación forzosa.

Cuando estemos en presencia de bienes raíces en suelo no urbanizable o urbanizable no sectorizado, precisamente, los objeto de derecho foral de adquisición preferente y de saca (cfr. art. 114 de la LDCFV) como veremos de seguido, surge el conflicto con los art. 126 y ss. de la LSyU, lo que plantea la cuestión de la prelación en la preferencia a la adquisición, el pariente tronquero o la Administración pública, del derecho de adquisición preferente y consiguiente retracto público o del de sus contrapartes privadas.

Y la conclusión evidente parece la prevalencia de estos derechos de adquisición preferentes urbanísticos por el carácter posterior de la LSyU sobre la LDCFV y la función social de la propiedad. Sin embargo, las diferencias que ahora se señalan entre ambos tipos de derechos son “*grietas*” por las que evitar el tanteo y retracto urbanístico a favor del foral:

Los derechos de adquisición preferente tanto urbanísticos como forales se constriñen a las transmisiones a título oneroso (art. 125 de la LSyU y art 112 de la LDCFV).

Los derechos de adquisición preferente urbanísticos están pensando en enajenaciones directas de terrenos sólo a título de compraventa y ex-



cepcionalmente ciertas formas indirectas de transferencia (transmisión onerosa de más del 50% de las acciones o participaciones sociales de sociedades mercantiles cuyo activo esté constituido en más del 80% por terrenos o edificaciones sujetas a los derechos de tanteo y retracto), pues (art. 126 de la LSyU), en la notificación a la administración habrá de señalarse el precio y la forma de pago proyectados y de las demás condiciones esenciales de la transmisión prevista. Por el contrario, los derechos forales incluyen cualquier enajenación onerosa (compraventa, permuta, dación en pago, dación para pago, aportación a sociedad...) de modo que la adquisición preferente da la opción a enervar tales operaciones dando lugar a una compraventa forzosa del enajenante al optar (cfr. art. 119 de la LD CFV) por un precio determinable (art. 118).

Los plazos de tanteo y retracto urbanístico son de dos meses desde la notificación y el conocimiento completo de la enajenación por la Administración de la enajenación (art. 126 de la LSyU) frente al plazo de diez días para la adquisición preferente desde el llamamiento troncal y tres meses desde la inscripción en el Registro de la Propiedad de la enajenación vulneradora de la troncalidad (Saca Foral).

A mayor abundamiento, mientras que los derechos forales de adquisición preferente y saca no cierran el Registro de la Propiedad a las transmisiones que los vulneren (art. 122 de la LD CFV), los urbanísticos sí (cfr. art. 83 y ss. del R.D. 1093/1997 y 127 de la LSyU), pues una vez que los ayuntamientos delimiten con carácter definitivo los ámbitos comprensivos de los bienes sujetos a derecho de tanteo y retracto, comunicarán oficialmente tal circunstancia al Registro de la Propiedad correspondiente y no podrá inscribirse la transmisión si no se acredita la previa notificación de la intención de enajenar.

El derecho de adquisición preferente foral sobre bienes troncales: Se exceptúan del mismo (art. 114 de la LD CFV) “*las fincas sitas en suelo urbano o suelo que deba ser urbanizado según programa del plan vigente*” y la excepción de dicha excepción son los “*Por excepción, procederá el derecho*

*de preferente adquisición cuando se trate de la enajenación de un edificio, singular en su conjunto, cualquiera que sea su situación, si hubiere constituido el hogar familiar de un ascendiente del pariente tronquero”.*

La excepción al Derecho de Adquisición Preferente Foral (“*las fincas sitas en suelo urbano o suelo que deba ser urbanizado según programa del plan vigente*”):

Esta nomenclatura legal precisa de actualización tras la entrada en vigor de la LSyU, pues el Programa de Actuación Urbanística del TRLS de 1976 y TRLS de 1992 poco tiene que ver a estos efectos con el Programa de Acción Urbanizadora de aquélla.

Efectivamente, la reciente SAP de Vizcaya, Sección 4<sup>a</sup>, de 1-10-2010, citando la STSJ del País Vasco de 7-12-2000 afirma: “*Los conceptos jurídicos utilizados en el artículo 114, pertenecen a la categoría de los relativamente determinados, siendo necesario acudir a la normativa urbanística para delimitar su contenido. Cierto es que la fórmula adoptada por el legislador de derecho civil foral, remitiendo a otra disciplina, no es ajena a la generación de problemas, derivados éstos de los cambios operados en la legislación sobre el régimen del suelo, siquiera quepa recordar aquí las vicisitudes seguidas por dicho régimen en virtud de la Sentencia del Tribunal Constitucional 61/ 1997, de 20 de marzo , y de la publicación de la Ley del Parlamento Vasco 5/1998, de 6 de marzo, de medidas urgentes y de la Ley 6/1998, de 13 de abril , sobre régimen del suelo y valoraciones. Sin embargo, la utilización de dichos conceptos jurídicos con la remisión que conllevan a la normativa urbanística, determina, de un lado, que el legislador acepta que el territorio aforado en el que haya de regir el derecho de adquisición preferente y el de saca se halla sujeto a modificaciones, y, de otro, que sólo en el supuesto concreto de que el bien raíz se encuentre en alguna de aquellas clases de suelo o en las que se les asimilen en la normativa posterior, operará la excepción que para la vigencia del derecho de adquisición preferente en el citado artículo se establece“.*

Dicho precepto ha de entenderse como el “*suelo urbanizable programado*” antes de la entrada en vigor de la LSyU, pues así lo aclara la Exposición de Motivos de la LDCFV, tanto en el apartado “*De la Troncali-*

*dad*”: “En las enajenaciones a título oneroso, cuando tienen como objeto los bienes situados en suelo urbano, el principio de tronalidad puede resultar perturbador y no se estima tan necesario como en las zonas rústicas, en las que la conservación de los caseríos es objetivo fundamental del Fuero. Por esta razón, este Título II se completa con la norma incluida en el art. 114 (Título V), que exime de los derechos de preferente adquisición y de la saca foral el suelo urbano o urbanizable programado”; como en el apartado “De los derechos de adquisición preferente”: “b) En cuanto al objeto del derecho de adquisición preferente, el art. 114 excluye las fincas sitas en suelo urbano o urbanizable programado, con lo que se trata de evitar la causa más importante de posible abuso de este derecho, manteniéndolo vigente en los lugares en que tiene su profundo sentido familiar”.

Esta referencia es muy concreta, al art. 84 y 116 del Real Decreto nº 1346/1976, de 9 abril que aprueba el Texto Refundido la Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana aprobado y a los art. 11, 20, 23, 24.1 y 142 del Real Decreto Legislativo 1/1992, de 26 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley sobre el Régimen del Suelo y Ordenación Urbana. A este tipo de terrenos se equiparaban los aptos para urbanizar por las por normas subsidiarias de planeamiento.

La LSyU ya no tiene dicha terminología sino que distingue dos “categorías” de suelo urbanizable (art. 10.b): “suelo urbanizable sectorizado” y “suelo urbanizable no sectorizado”. De la misma manera, la D.T.1ª de la LSyU establece la equiparación formal entre la antigua y la nueva tipología:

Suelo urbanizable sectorizado: Conforme al art. 14.3 de la LSyU tendrá la consideración de suelo urbanizable sectorizado aquel terreno incluido en los sectores que el plan general o el plan de sectorización delimiten para la formulación del correspondiente plan parcial, o sea (art. 52.2.a), aquellos que tienen por objeto la ultimación de la ordenación en sectores determinados en suelo urbanizable sectorizado, cuando así se estableciera por el plan general o el plan de sectorización.

Suelo urbanizable sectorizado SIN programa de actuación urbanizadora: Al mismo se equiparan los terrenos que a la entrada en vigor de la

LSyU estén clasificados por el planeamiento general como suelo urbanizable programado o apto para urbanizar, sin Plan Parcial aprobado definitivamente.

Suelo urbanizable sectorizado CON programa de actuación urbanizadora: Si dichos suelos urbanizable clasificados como urbanizable programado o apto para urbanizar estuvieran, además, a la entrada en vigor de la LSyU, ordenados por Plan Parcial aprobado definitivamente tendrán la consideración de suelo urbanizable con programa de actuación urbanizadora.

Suelo urbanizable no sectorizado: Los terrenos que estén clasificados por el planeamiento general como suelo urbanizable o apto para urbanizar no programado. Aparte de la definición dada por dicha D.T.1ª de la LSyU, creemos muy oportuno dar el concepto de su art.14.4: “*Tendrán la consideración de suelo urbanizable no sectorizado aquellos terrenos que, aun habiendo sido clasificados como urbanizables, no se encuentren incluidos en ningún sector por el plan general o, en su caso, por el plan de sectorización*”.

Retengamos, por ahora, que la característica esencial que diferencia el suelo urbanizable sectorizado del no sectorizado es, como su propio nombre indica, que estén adscritos a un sector, pero como la LSyU comete el “*pecado*” de incluir lo definido en la definición, acudamos a su siguiente artículo 51.2 que nos aclara que se entiende por sector el ámbito de ordenación pormenorizada de suelo urbanizable, lo cuál, conforme al art. 56.1 es aquella que establece una serie de determinaciones.

La pregunta que debemos hacernos tras la entrada en vigor de la LSyU es: ¿Qué clasificación y categoría de suelo corresponde actualmente al antiguo suelo urbanizable programado a efectos de enervar los derechos de adquisición preferente forales?

A la luz de la citada disposición transitoria de la LSyU, la respuesta fácil e inmediata parece ser que es el suelo urbanizable sectorizado. Sin embargo, aunque adelantamos que la respuesta es esa, no llegamos a ella

por ese puro mecanicismo, pues no necesariamente la clasificación buscada por el legislador civil pretende la misma calidad de suelo que el legislador urbanístico. Por lo tanto, surgen ciertas preguntas: ¿Cuáles eran esas características del suelo urbanizable programado? Y ¿Qué suelo actual se corresponde con las mismas?

No perdamos de vista la literalidad del art. 114 de la LDCFV, interpretación propia (cfr. art. 3.1 del C.c.) muchas veces rodeada en ciertos estudios sobre el Derecho Civil Foral Vasco: “*que deba ser urbanizado según programa del Plan que se halle vigente*”. Es decir, que, fatalmente se vaya a proceder a su urbanización (conversión en urbe, ciudad).

La característica esencial del suelo urbanizable no programado (art. 85 del TRLS 1976 y art. 18 del TRLS 1992) es que estarán sujetos a las limitaciones establecidas para el suelo no urbanizable (usos, licencias de edificaciones, segregaciones...). Una vez aprobado un Programa de Actuación Urbanística (suelo urbanizable programado), siguen las mismas limitaciones y cargas, más las adicionales que se señalen en el Programa y en el acuerdo de aprobación, de modo que la transformación o ejecución urbanística, no poder ser ejecutado el planeamiento hasta que se apruebe el correspondiente Plan Parcial (art. 116 del del T.R. de la L.S. de 1976 y del art. 142 del T.R. de la L.S. 1992).

Dicho programa de actuación urbanística es uno de los documentos que necesariamente debían incluirse en el Plan General de Ordenación Urbana (art. 12.3 del TRLS 1976, art. 72.4 del TRLS 1992 y art. 37 del Reglamento de Planeamiento Urbanístico) y condenaba a la transformación del suelo urbanizable programado en urbano en el plazo máximo de ocho años (art. 41.3 del Reglamento de Planeamiento Urbanístico). Y el cumplimiento de dicha transformación urbanística para cada uno de los plazos se efectuaba mediante los correspondientes Planes Parciales (art. 16 y 37 del TRLS 1976 y 74.5 del TRLS 1992), como hemos visto. O sea, estos fatales plazos son aquéllos referidos por el art. 114 de la LDCFV: suelo “*que deba ser urbanizado según programa del Plan que se halle vigente*”.

Además, (art. 72 del TRLS 1992 y art. 12 del TRLS 1976) contiene, como la LSyU una referencia a la “*División del territorio en sectores para el desarrollo en Planes Parciales*”, es decir, un terreno igualmente acotado, el cuál conforme al art. 82 de aquella requería para el cambio de urbanizable no programado a urbanizable programado, sectores a cada uno de los cuáles se aplicaba un Plan Parcial (art. 13 del TRLS 1976 y 83 del TRLS 1992) el cuál contenía la ordenación detallada de dichos sectores.

Es decir, exactamente como acabamos de ver, tiene su correlato en el suelo urbanizable sectorizado, el cuál (art. 14.3 de la LSyU) es aquel terreno incluido en los sectores que el plan general o el plan de sectorización delimiten para la formulación del correspondiente plan parcial, o sea (art. 52.2.a), que contiene la ultimación de la ordenación en sectores determinados.

Y es que las determinaciones contenidas en el art. 53 de la LSyU como ordenación pormenorizada son, en esencia, las mismas que acumuladas exigieron de modo cumulativo los TRLS 1976 y TRLS 1992 para los Planes Generales, Programas de Actuación Urbanística y Planes Parciales.

Por fin, los presupuestos de la ejecución urbanística (sistemática) en suelo urbanizable programado y en suelo sectorizado son similares (art. 116, 142 TRLS 1992, 135 LSyU), ora se le llame ordenación pormenorizada y esté recogida en un único o varios instrumentos, ora esté recogido en varios.

En conclusión, entiendo que el ANTIGUO SUELO URBANIZABLE PROGRAMADO es el actual SUELO URBANIZABLE SECTORIZADO CON O SIN PROGRAMA DE ACTUACIÓN URBANIZADORA, no por una cuestión nominalista, ni aplicación de las Disposiciones Transitorias de la LSyU, sino porque el suelo urbanizable sectorizado (art. 14.3 de la misma) es el incluido en los sectores que el plan general o el plan de sectorización delimiten para la formulación del correspondiente plan parcial y, efectivamente, conforme al art. 65, los Planes de sectorización necesariamente contendrán la delimitación del suelo que

es objeto de sectorización para su transformación urbanística, estableciendo para el mismo las condiciones básicas de ordenación (art. 135).

A diferencia de la normativa estatal, dicha Sectorización, o “*condena fatal*” a la transformación urbanística no vendrá necesariamente incluida en el Plan General, sino que puede venir en éste o en el propio Plan de Sectorización (art. 51) y dicha sectorización no es otra cosa según dicho precepto que su ordenación pormenorizada como tal suelo urbanizable y dicha ordenación pormenorizada incluye (art. 56.1.a) la delimitación de actuaciones integradas, o sea (art. 138.1), transformación urbanística para dar lugar a uno o varios solares.

En consecuencia, a la luz de la Disposición Transitoria Segunda de la LSyU, mientras no se lleve a cabo la adaptación a la misma de los planes y demás instrumentos de ordenación urbanística, deberemos distinguir para enervar el derecho de adquisición preferente foral (art. 114 de la LDCFV):

Planes Generales y Normas Subsidiarias (que nos fijaban el Suelo Urbanizable Programado y el Apto para Urbanizar, respectivamente), así como sus modificaciones y revisiones, aprobados definitivamente a la fecha de entrada en vigor de la LSyU (21-09-2006), mantendrán su vigencia y, por lo tanto, la nomenclatura, “*clásica*” del art. 114 de la LDCFV, de modo que en suelo urbanizable programado no hay derecho de adquisición preferente foral.

No obstante, en la primera revisión de planes generales y normas subsidiarias que no contara con aprobación inicial a la fecha de entrada en vigor de la LSyU deberá sujetarse a lo previsto en la misma. Recordemos que el Plan General puede determinar directamente el suelo urbanizable sectorizado.

Los expedientes de modificación puntual y revisión que contaran a esa misma fecha con aprobación inicial pero no provisional, a elección del ayuntamiento, podrán ser adaptados en cuanto a sus contenidos y determinaciones a lo previsto a las determinaciones de la LSyU o de la legislación anterior.

Con independencia de la revisión, se podrá realizar la adaptación total de los instrumentos generales de ordenación urbana al contenido y determinaciones establecidas en la presente Ley a través de un expediente de adaptación que se tramitará con el procedimiento de modificación de plan general.

En cualquier caso, todos los planes generales y normas subsidiarias deberán ser adaptados a las determinaciones de esta Ley, con aprobación definitiva en el plazo máximo de ocho años (2014).

Los Planes de Ordenación Pormenorizada (que por antonomasia determinan el suelo urbanizable sectorizado) y el resto de instrumentos de ordenación que no contaran con aprobación provisional a la entrada en vigor de la LSyU. La D.T. 2ª de la LSyU. Ésta dio a cada ayuntamiento la posibilidad de aprobar definitivamente dichos instrumentos urbanísticos conforme a los contenidos y determinaciones de la misma, o de la legislación anterior. Luego la nomenclatura usada en cada caso nos dará que si hay derecho de adquisición preferente foral, cuando estemos en presencia ora de suelo urbanizable programado (terminología vieja) o suelo urbanizable sectorizado (nomenclatura nueva).

En cuanto a procedimiento, los planes y el resto de instrumentos de ordenación que no contaran con aprobación provisional a la entrada en vigor de la LSyU, serán aprobados definitivamente conforme a lo que se dispone en la misma.

Castizamente podríamos decir que el suelo urbanizable programado –ahora urbanizable sectorizado – está “*al dente*” para urbanizar, hacer ciudad, se va a convertir necesariamente “*certus an, incertus quando*” en urbano. Es lo que la E.d.M. de la LDCFV repudia para la Saca Foral por “*su profundo sentido familiar*”, eufemismo para hacer referencia al suelo no urbano, donde no hay urbe ciudad.

La excepción de la excepción del Derecho de Adquisición Preferente Foral (“*Por excepción, procederá el derecho de preferente adquisición cuando se*



*trate de la enajenación de un edificio, singular en su conjunto, cualquiera que sea su situación, si hubiere constituido el hogar familiar de un ascendiente del pariente tronquero”):*

Concluye la citada SAP de Vizcaya, Sección 4ª, de 1-10-2010 que si bien dicha sentencia del TSJ del País Vasco trata la aplicación de la normativa urbanística a la enervación de la Saca Foral conforme al párrafo 1º del art. 114 de la LDCFV, también la normativa urbanística debe de ser relevante a la hora de determinar el concepto de singularidad, pues dicha normativa protege edificios, siendo uno de los conceptos que utiliza para otorgar tal protección el de su singularidad para la excepción de la excepción de la Saca Foral, de modo que procederá el derecho de preferente adquisición cuando se trate de la enajenación de un edificio, singular en su conjunto, cualquiera que sea su situación, si hubiere constituido el hogar familiar de un ascendiente del pariente tronquero.

Como ejemplos de dicha normativa urbanística protectora de edificios podemos citar las leyes, autonómicas y estatales de Patrimonio Histórico, la normativa especial municipal, y los diferentes adjetivos al efecto: Bienes catalogados, protegidos, monumentos, etc.

## 5. FACULTADES DE LIBRE DISPOSICIÓN. TRANSFORMAR

Dentro de la transformación, desde el punto de vista del urbanismo podemos destacar la edificación —que trataremos como accesión que es, la urbanización, o “*hacer urbe, hacer ciudad*”, que se aborda generalmente dentro de la ejecución urbanística —y el alejamiento de la troncalidad— y las divisiones, agregaciones y segregaciones de terrenos. De la edificación hablaremos al tratar de las facultades de accesión.

En materia de urbanismo, el concepto de parcelación y reparcelación se utiliza para hacer referencia a una fase de la actividad urbanística, previa a la edificación, en la que se forman las fincas sobre las que después se edifica, o sea, la división de fincas en lotes o porciones para su edifi-

cación o urbanización simultánea o sucesiva. En sentido estricto, se califica de urbanización aquella parcelación o reparcelación que puede dar lugar a que se forme un núcleo de población. Este concepto de núcleo de población (artículo 12.3 del TRLS 2008 y art. 11 de la LSyU) se identifica con la existencia de usos residenciales o industriales que demanden un tipo de equipamiento viario, de suministro de energía, de evacuación de residuos o de cualquier otro tipo que exceda de los usos agrícolas, forestales o ganaderos.

La parcelación, reparcelación y su acceso al Registro interesan al urbanismo por tres razones fundamentales que justifican la intervención administrativa en el derecho de propiedad: 1.- Que la formación de los núcleos de población y sus consiguientes necesidades de accesos, abastecimientos y evacuaciones no puede dejarse al arbitrio de los particulares. La Administración debe controlar las operaciones de agregación división o segregación que pueden producir este efecto en las parcelaciones y reparcelaciones urbanísticas, no sólo porque los núcleos de población no pueden constituirse sobre suelo no urbanizable (art. 28.4 de la LSyU), sino también porque, aunque el suelo sea urbanizable, es necesario proveer los servicios esenciales, para lo que es necesario un previo planeamiento (art. 50), 2.- ha de darse una equidistribución –reparto equitativo– de los costos y beneficios del proceso urbanizador/edificador (art. 2 participando la Administración actuante en la plusvalía (art. 27) y 3.- tanto en suelo rústico, como en suelo urbano, la Administración debe vigilar que no se formen fincas de superficie inferior a la fijada por las normas. Es la llamada “*unidad mínima*” tanto de las fincas rústicas como de las urbanas (art. 40).

La trascendencia registral de las parcelaciones se regula en normas estatal en virtud de las competencias en materia de Registros e instrumentos públicos (art.149 de la Constitución) aunque hay que tener en cuenta la legislación de las CCAA:

Los actos de parcelación: Son el nombre que da el Derecho Urbanístico a los negocios entre particulares que el Derecho Hipotecario deno-

mina divisiones y segregaciones (artículos 47 a 50 del Reglamento Hipotecario) y se corresponden, respectivamente, a los supuestos de división en cuya virtud se forman dos o más fincas nuevas a partir de una originaria, quedando desaparecida ésta (la hoja original, finca hipotecaria, se cancela y se crean dos o más correspondientemente) y la segregación, en cuya virtud un trozo de finca se separa de la matriz para formar una nueva (se crea una nueva finca hipotecaria u hoja registral con parte de la precedente, que subsiste).

Los actos de parcelación están sujetos a Licencia Municipal, con carácter general y por ello (art. 78 del R.D. 1093/1997 y 38 de la LSyU) los Registradores de la Propiedad exigirán para inscribir la división o segregación de terrenos, que se acredite el otorgamiento de la licencia que estuviese prevista por la legislación urbanística aplicable, o la declaración municipal de su innecesariedad, que deberá testimoniarse literalmente en el documento.

Si el Registrador de la Propiedad duda sobre si un negocio respeta o no la normativa sobre parcelaciones, no decide por sí mismo, sino que acude a la Administración competente para que ésta se pronuncie (art. 78 y ss. del R.D. 1093/1997) medida razonable, que remite la interpretación de la normativa urbanística a la Administración, y que simplifica notablemente la calificación registral. No obstante, la intervención del Registrador nunca afecta a la validez del negocio en sí mismo, se limita a enjuiciar si estos negocios pueden o no acceder al Registro. La formación de fincas por segregación o división contrarias a la normativa urbanística y su consecuente enajenación es considerada nula de pleno derecho por la Jurisprudencia (SAP de Vizcaya, Secc. 5ª de 02-04-2008, STS, Sala 1ª, de 26-07-2000 y 21-02-2006).

Desde el punto de vista de la LDCFV interesan tres aspectos de la parcelación:

El Estatuto del Caserío: En Vizcaya atañe a la troncalidad, (art. 17 y ss. de la LDCFV, pactos sucesorios (art. 77 y ss.), reservas troncales (art. 84

y ss.), comunicación foral de bienes (art. 95 y ss.) y la Saca Foral y demás Derechos de Adquisición preferente (art. 112 y ss.). Y, muy particularmente, en el Fuero de Guipúzcoa que (art. 150 de la LDCFV), que constriñe sus especialidades sucesorias a la transmisión del Caserío, sus pertenecidos y equipamientos.

El Decreto 105/2008, de 3 de junio, del Gobierno Vasco, de medidas urgentes en desarrollo de la Ley 2/2006, de 30 de junio, de Suelo y Urbanismo “*acompaña al Decreto una definición de «caserío» largamente demandada por la doctrina y la práctica dado los importantes efectos jurídicos que dicho concepto lleva asociados*”. Tal definición la da el art. 9 de dicho Decreto y consiste en:

*“Artículo 9. – Caseríos. Definición y régimen autorización de reconstrucción.*

*1. – A los efectos de lo dispuesto en el régimen del suelo no urbanizable en los artículos 29.1 y 30 la Ley 2/2006, de Suelo y Urbanismo, se entenderá por caserío los edificios que cumplan acumulativamente todas las siguientes condiciones:*

- a) Constituirse como tipo edificatorio aislado, con uso predominante de vivienda.*
- b) Disponer de por lo menos una vivienda ya existente, todo ello según lo dispuesto en el Registro de la Propiedad en cada uno de ellos.*
- c) Disponer de licencia de primera ocupación o de documento que deje constancia de modo fehaciente de su efectiva ocupación residencial con anterioridad al 1 de enero de 1950.*
- d) Reunir aquellas características adicionales que establezca el Ayuntamiento en su planeamiento urbanístico o en la correspondiente ordenanza municipal.*

*2. – Sólo será autorizable la reconstrucción de los caseríos que mantengan una estructura edificada que permita identificarlos como tales. En ningún caso podrán ser objeto de reconstrucción los restos de muros de edificaciones que no alcancen a definir la posición original de la cubrera de las primitivas y, en general, cuantos*

*restos no permitan conocer la planta general del inmueble original ni permitan reconocer su volumetría original.*

Por su parte, la Disposición Transitoria Séptima del citado Decreto establece que “*Los requisitos establecidos en este Decreto a efectos de considerar una edificación como caserío y una agrupación de caseríos como núcleos rurales no serán de aplicación a aquellos núcleos rurales así clasificados en el planeamiento urbanístico a la fecha de entrada en vigor del mismo, siempre y cuando dicha clasificación se haya realizado de conformidad con lo señalado en*

*la Ley 5/1998, de 6 de marzo de medidas urgentes en materia de régimen de suelo y ordenación urbana.*

Se observa que la definición urbanística como un edificio, es decir meramente un inmueble, es más estricta que la de la LDCFV, pues ésta (art. 26, 115, 151), en la línea del art. 8.2º de la Ley Hipotecaria, lo define como una explotación agrícola unitaria, aunque esté dividida jurídica o físicamente en varias fincas o parcelas, mientras la LSyU lo hace girar entorno al concepto edificación.

Coinciden en que, con carácter general (cfr. art. 28, apartados 4 y 6 y art. 30 de la LSyU y art. 114, 115 y 126 de la LDCFV) el Caserío se encuentra en el suelo rústico. De hecho (artículo 32) por excepción a la suspensión de licencias de edificación en el suelo urbano, y en el suelo urbanizable mientras los terrenos clasificados como tales no cuenten con programa de actuación urbanizadora, sí cabe la posibilidad de reconstrucción de caseríos preexistentes y la edificación residencial de nueva planta vinculada a explotación hortícola o ganadera, que ahora veremos.

Consecuentemente, ambas normativas parecen seguir caminos paralelos, que no interfieren entre sí y, de este modo la LSyU se preocupa:

De la reconstrucción de los Caseríos (art. 30), en los que no se exige la identificación Caserío-edificio con el Caserío-explotación rústica.

Construcción de Caseríos de nueva planta (art. 31). La identificación es plena entre el Caserío-edificio y el Caserío-explotación rústica, de

modo que sólo será admisible el otorgamiento de licencia de construcción vinculada a una explotación hortícola y ganadera cuando ésta haya de ser empleada como vivienda habitual por el titular y gestor de la explotación económica, previa acreditación de ciertos requisitos relativos a la profesionalidad como agricultor, con la condición legal del mantenimiento de la vinculación de dicho uso a la correspondiente explotación rústica, de manera continua e ininterrumpida durante el plazo mínimo de veinticinco años.

Desde el punto de vista formal también se da tal identificación pues (art. 31.3) “*las parcelas que sirven para acreditar la vinculación a usos hortícolas o ganaderos quedarán urbanística y registralmente vinculadas a la edificación que se autorice*”. Este precepto administrativo, que pretende la indivisibilidad del Caserío, nos lleva al cumplimiento de obligaciones que harán más fácil la prueba de la existencia y extensión del Caserío a los efectos de la LDCEV, pues en el Expediente Administrativo y en el Registro de la Propiedad podremos identificar (art. 26, 115, 151) la explotación agrícola unitaria en cuanto a su ubicación, linderos, superficies, fechas, etc. (los famosos pertenecidos).

Hemos visto que el legislador pretende evitar la división del Caserío. Ello responde a la voluntad de mantener su explotación y también a querer evitar que por la acumulación de Caseríos se cambie de núcleo rural a núcleo de población, o sea, en román paladino, que con la excusa de la existencia de un grupo de Caseríos se forme lo que vulgarmente llamamos una “*urbanización de chalets*” (art. 28.4 de la LSyU), es decir, parcelas escasa, separadas, con acceso directo a vía pública, medianamente amplias de superficie y con edificios bajos (art. 29.3 de la LSyU) y con urbanización –calles, piscinas, espacios públicos...– (art. 11 y 29.4), con todo lo que ello implica, se hará a través de un procedimiento específico a determinar reglamentariamente. Y para ello arbitra las siguientes medidas:

En los terrenos clasificados como suelo no urbanizable se prohíben en todo caso las parcelaciones urbanísticas y cualesquiera actos y usos que impliquen su incorporación al proceso de transformación urbanística. Se

presume existe riesgo de formación de núcleo de población cuando la pretensión de construcción de una edificación residencial vaya a dar lugar, de realizarse, a la coexistencia de al menos cuatro edificaciones con uso residencial dentro de los parámetros de distancia determinados por el planeamiento municipal.

Por excepción (art. 29 de la LSyU) hay un régimen específico de los núcleos rurales, entendiéndose por tales la agrupación de entre seis y veinticinco caseríos en torno a un espacio público. Dicho régimen proviene, como ya hemos visto, del contemplado en la Ley 5/1998, de 6 de marzo, del Parlamento Vasco. La LSyU congela el desarrollo de tales núcleos rurales, de modo que queda prohibido que se efectúen nuevos desarrollos, salvo la previa reclasificación del núcleo rural a la clase de suelo urbano, y de los suelos de desarrollo a las de suelo urbano o suelo urbanizable, según corresponda (ídem la Disposición Adicional Sexta de la LSyU).

Desde el punto de vista de la LDCFV, supone que la enervación o no de los Derechos Foral de Adquisición Preferente y a la Saca Foral en dichos Caseríos de núcleo rural pasará por la reclasificación de su terreno a urbano o urbanizable con la categoría de éste de sectorizado, como ya hemos visto.

La división o segregación de una finca rústica sólo será válida (y por lo tanto sólo habrá acto de disposición desde el punto de vista jurídico civil) cuando no de lugar a parcelas de extensión inferior a la unidad mínima de cultivo (art. 24 de la Ley 19/1995, de 4 de julio, de Modernización de Explotaciones Agrarias).

La solución es igual para las fincas urbanas y rústicas conforme al art. 40 de la LSyU, ora porque tengan unas dimensiones inferiores o iguales a las determinadas como mínimas por el planeamiento, ora porque tengan asignada una edificabilidad urbanística en función de la superficie, cuando se haya materializado toda la correspondiente a ésta, ora por estar vinculados o afectados legalmente a las construcciones o edificaciones autorizadas sobre ellos.

La (válida) división o segregación de una finca (art. 18 de la LDCFV) no altera su carácter de bien troncal pues evidentemente, indivisamente o pro indiviso en algún momento pertenecieron al tronco común original.

Por la misma razón, tampoco se perjudica la troncalidad por la formación de las fincas que pasan a ser elementos privativos en un complejo inmobiliario o propiedad horizontal, en cuanto crea nuevos espacios del suelo objeto de propiedad totalmente separada a las que se vincula en comunidad ob rem otros elementos, que pueden ser también porciones de suelo como otras parcelas o viales. Los Complejos Inmobiliarios Privados, que no tienen la naturaleza de propiedad horizontal propiamente dicha, aunque sí les es de aplicación el régimen de la Ley de Propiedad Horizontal (artículo 24 de la LPH). Están integrados por parcelas independientes (el suelo y el vuelo es privativo), pero que sólo tienen en común los elementos accesorios (viales, instalaciones, servicios, etc.), vinculados “ob rem”. La constitución de ese régimen ha de equipararse a una parcelación a los efectos de exigir para su inscripción la correspondiente licencia si la normativa sustantiva aplicable exige tal requisito tal y como exigía la Dirección General de los Registro y del Notariado (RDGRN de 10-10-2003 y de 14-06-2004) y ahora el art. 17.3 del TRLS 2008 tras su modificación por el R.D. 8/2011 de 1 de julio.

Por el contrario, la constitución de propiedad horizontal tumbada propiamente. es una verdadera propiedad horizontal porque todas las fincas mantienen en común el vuelo y la unidad de la finca, es decir, sus partes carecen de la autonomía física y económica que les impedirá ser reputados como objetos jurídicos nuevos y absolutamente independientes entre sí, pues, en otro caso, aquella atribución implicaría una verdadera división, cualquiera que sea la denominación elegida o el mecanismo jurídico bajo el que pretende encubrirse, y sujeta, por tanto, a la necesidad de licencia municipal, (RDGRN de 26-06-1999 y 07-10-1999).

La segregación y división, como todo acto de disposición implica (cfr. art. 99 de la LDCFV) el consentimiento de ambos cónyuges sujetos al régimen de comunicación foral de bienes.



Por el contrario la mera solicitud de la autorización administrativa de segregación es un mero acto de administración (cfr. art. 100 y 101 de la LDCFV) pues le es indiferente a la Administración quién lo solicite dado que tanto el artículo 211.2 de la Ley de Suelo y Urbanismo como los artículos 10 y 12 Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales establecen que las Licencias y demás “*actos de las Corporaciones Locales por los que se intervenga la acción de los administrados*” surten efectos entre Administración y administrado, salvo el derecho de propiedad, sin perjuicio de tercero y no podrán ser invocadas para excluir o disminuir la responsabilidad civil o penal de dichos particulares.

Los actos de reparcelación: Por el contrario (artículos 71 y ss. del Reglamento de Gestión Urbanística, art. 39 y 42 de la LSyU), es un concepto del Derecho Urbanístico que no se corresponde exactamente al aparente equivalente hipotecario, la agrupación, o sea, el formar una nueva finca a partir de dos o más anteriores (agrupación), quedando extinguidas o confundidas en la resultante las originarias (registralmente mediante cancelación de la hoja registral de las originarias).

Efectivamente la reparcelación es la agrupación o integración del conjunto de las fincas comprendidas en un polígono o unidad de actuación para su nueva división ajustada al Plan, con adjudicación de las parcelas resultantes a los propietarios de las primitivas, en proporción a sus respectivos derechos, y a la Administración competente, en la parte que corresponda conforme a la Ley del Suelo y al Plan.

La Reparcelación es, pues, una técnica dentro de la ejecución del planeamiento urbanístico cuyo efecto más característico es (art. 45 de la LSyU) que el acuerdo aprobatorio del proyecto de reparcelación producirá la transmisión a la administración correspondiente, en pleno dominio y libre de cargas, de todos los terrenos de cesión obligatoria para su incorporación al patrimonio del suelo o su afectación a los usos previstos en el planeamiento; la subrogación, con plena eficacia real, de las antiguas por las nuevas parcelas, siempre que quede establecida su

correspondencia y la afectación real de las parcelas adjudicadas al cumplimiento de las cargas y pago de los gastos inherentes al sistema de actuación correspondiente.

Con ello nos metemos, ya de lleno, en lo que es la ejecución urbanística, o sea, llevar a cabo las previsiones del planeamiento a través de los sistemas que el ordenamiento jurídico urbanístico prevé y en esencia (cfr. art. 131 de la LSyU) para los particulares afectados suponen los tres efectos antedichos.

Su presupuesto es (cfr. art. 140 de la LSyU) que, salvo para las actuaciones aisladas edificatorias (edificar en terrenos con categoría de solar o parcelas susceptibles de edificación que sólo requieran, para la adquisición de la condición de solar, la realización, previa o simultáneamente a la edificación, de obras de urbanización complementarias) toda otra transformación de los terrenos es competencia de la administración pública que actúa apoyada fundamentalmente en el planeamiento urbanístico procedente, el Programa de Actuación Urbanizadora, la Urbanización y la Reparcelación (cfr. art. 135 y 152 de la LSyU).

Y dicha transformación la acomete la Administración de manera directa o indirecta. En régimen de ejecución pública (directa) a través del sistema de cooperación y el sistema de expropiación forzosa y en régimen de ejecución privada (indirecta) el sistema de agente urbanizador y el sistema de concertación (art. 159 de la LSyU).

En todos estos sistemas menos en el de expropiación, los propietarios son obligados a aportar los terrenos de cesión obligatoria (art. 154, 160, 173 de la LSyU) costear la urbanización y proceder a la equidistribución de beneficios y cargas, generalmente por reparcelación, salvo que todos los terrenos pertenezcan a un solo titular, pues (art. 42.4 de la LSyU) la aprobación del programa en una actuación integrada coloca los terrenos comprendidos en aquélla en situación de reparcelación. La reparcelación podrá llevarse a cabo de forma voluntaria o forzosa, así como en suelo o mediante indemnización sustitutoria.

Desde el punto de vista de la LDCFV ello supone:

Aportación y adjudicación de bienes troncales a la reparcelación: El art. 22.3 de la LDCFV incluye como bienes troncales los bienes raíces “*adquiridos por permuta u otro título oneroso que implique la subrogación de bienes troncales* (referencia obvia al *do ut des*) *por otros radicantes en el Infanzonado o Tierra Llana*”.

Como la reparcelación se da por antonomasia en el suelo urbanizable sectorizado, como hemos visto, no tienen lugar los derechos de adquisición preferentes troncales sobre los mismos. No obstante, a mayor abundamiento para fijar la voluntad del legislador sobre la subrogación real en los bienes troncales, citamos el art. 125 de la LDCFV, permite ejercer los derechos troncales de adquisición preferente y saca foral cuando se permute una finca troncal por bienes no troncales o que, siéndolo, estén excluidos del derecho de preferente adquisición o bien cuando el valor de la finca que se recibe sea inferior en un tercio a la finca troncal que se entrega en permuta.

Puestos en relación dichos preceptos con el art. 609 del C.c. (“*De los diferentes modos de adquirir la propiedad*”), resulta que en la reparcelación voluntaria (art. 48 de la LSyU), o sea, en la sustitución de los bienes troncales por otros inmuebles en tierra llana, estamos en supuestos que podemos asimilar sin dificultades a las permutas u otros títulos onerosos con subrogación de bienes y, por tanto la troncalidad permanece sobre los bienes de destino o adjudicados por sustitución de los de origen o aportados a la reparcelación.

Sin embargo, en la reparcelación forzosa, la pérdida y consiguiente adquisición de bienes raíces tiene lugar, “*por la ley*” y no por consecuencia de ciertos contratos mediante la tradición, luego no cabe hablar de subrogación en los bienes troncales. La “*subrogación, con plena eficacia real, de las antiguas por las nuevas parcelas, siempre que quede establecida su correspondencia*” de que habla el art. 45 de la LSyU tendrá efectos registrales, administrativo y civiles e hipotecarios pero no forales, en particular (art. 54.5 del T.R.

de la Ley del Suelo de 2008) “*El título en cuya virtud se inscribe el proyecto de distribución de beneficios y cargas será suficiente para la modificación de entidades hipotecarias, rectificación de descripciones registrales, inmatriculación de fincas o de excesos de cabida, reanudación del tracto sucesivo, y para la cancelación de derechos reales incompatibles, en la forma que reglamentariamente se determine*”.

Otra cosa es que este inmueble que ingresa “*ex novo*” en el patrimonio por ministerio de la ley tenga carácter troncal, pero el tronco o primer titular en la genealogía troncal será tal adquirente por la reparcelación, pues la troncalidad viene dada por la ubicación del terreno en tierra llana, no por su clasificación urbanística. Sólo los Derechos Forales de adquisición preferente son afectados por dicha clasificación, como ya hemos contemplado.

Las cargas de la reparcelación y los bienes troncales: Conforme al art. 45.3 de la LSyU el acuerdo aprobatorio de la reparcelación produce la afectación real de las parcelas adjudicadas al cumplimiento de las cargas y pago de los gastos inherentes al sistema de actuación correspondiente.

Conforme a la Jurisprudencia las cargas urbanísticas son limitaciones genéricas del dominio, no cargas civiles propiamente (STS, Sala 1ª, de 15-12-1992). Sin embargo, dicho concepto amplio, cede en el caso de la reparcelación al concepto más reducido del art. 25 de la LSyU: 1.- Cesiones gratuitas al ayuntamiento para la instalación de dotaciones y los servicios públicos previstos por el planeamiento y para la ejecución de los elementos de la red de sistemas generales adscritos a la actuación a efectos de su obtención o ejecución. 2.- Cesión gratuita al ayuntamiento del suelo o, en su caso, la cantidad económica correspondiente a la participación de la comunidad en las plusvalías generadas por la acción urbanística y 3.- Costeamiento de la urbanización y, en su caso, ejecución en plazo de las obras de urbanización.

Todas estas cargas y los derechos de los propietarios que han de ser indemnizados son susceptibles, son reducidas, a valoraciones económicas, que se llevan en una cuenta con cargos y abonos por cada propietario, la

cuál arrojará saldos provisionales a buena cuenta, hasta que se apruebe la liquidación definitiva de la reparcelación.

Al pago de dichos saldos negativos o situación del deudor-propietario (art. 44 de la LSyU, art. 126 y 127 del Reglamento de Gestión Urbanística y art. 19 del R.D. 1093/1997) suponen que las fincas resultantes de la reparcelación quedarán afectadas, con carácter real, al pago del saldo de la cuenta de liquidación del proyecto de reparcelación aprobado que a cada una se le asigne, lo cuál se hace constar en el Registro de la Propiedad. Los saldos provisionales y definitivos son deudas líquidas y exigibles que median entre cada uno de los interesados y la Administración actuante. En caso de impago procederá la vía de apremio.

Dichas cargas son deudas del causante (cfr. art. 62 de la LDCFV) y por lo tanto se computan en todo caso para el cálculo de la legítima (SAP de Vizcaya, Sección 4ª, de 4-04-2009).

Dichas cargas afectan directamente a los bienes troncales, luego enervan el principio del art. 63 de la LDCFV (*“Las deudas del causante se pagarán con el importe de los bienes muebles y de los bienes inmuebles no troncales, y sólo en defecto de unos y otros responderán los bienes raíces troncales de cada línea, en proporción a su cuantía”*), de modo que se limita a mera norma de liquidación entre causahabientes y, más concretamente entre causahabientes y herederos troncales, de modo similar al art. 867 del C.c. (*“Cuando el testador legare una cosa empeñada o hipotecada para la seguridad de alguna deuda exigible, el pago de ésta quedará a cargo del heredero. Si por no pagar el heredero lo hiciere el legatario, quedará éste subrogado en el lugar y derechos del acreedor para reclamar contra el heredero”*). El párrafo 3º de dicho precepto (*“Cualquiera otra carga, perpetua o temporal, a que se halle afecta la cosa legada, pasa con ésta al legatario; pero en ambos casos las rentas y los intereses o réditos devengados hasta la muerte del testador son carga de la herencia”*).

Aportación y adjudicación de bienes y la comunicación foral de bienes: La remisión del artículo 97 de la LDCFV acerca de la distinción, en la comunicación foral, entre bienes ganados y bienes procedentes de cada

uno de los cónyuges, da paso al principio de subrogación real (art. 109 y 110 de la LDCFV y art. 1246.3, 1358, 1359, 1364, 1397, 1398 del C.c.), que permite entender que tanto en los supuestos de reparcelación voluntaria como forzosa, el bien adjudicado a cambio del original será ganado o, al contrario, perteneciente a cada uno de los cónyuges.

Igualmente, cuando la reparcelación no de lugar a la adjudicación de suelo sino a una indemnización sustitutiva (monetarización), en los supuestos de expropiación forzosa (art. 174 y ss. de la LSyU) así como en el del art. 44.7 de la LSyU (“*Será indemnizable el valor de las plantaciones, instalaciones y construcciones existentes en las fincas, parcelas o solares originarios o iniciales que sean incompatibles con el planeamiento en ejecución y que no hayan supuesto infracción urbanística grave*”) estaremos claramente en el supuesto del art. 109.1 de la LDCFV, conforme al cuál “*1.- Pertenecerán a cada cónyuge los bienes de su procedencia o los que se hubiesen adquirido con ellos o con el importe de su venta. Si la adquisición se hubiera hecho en parte con bienes de otra procedencia, pertenecerán en proindivisión a los titulares de tales bienes en proporción a su cuantía*”.

Las cargas de la reparcelación y la comunicación foral de bienes: Como quiera que el art. 97 de la LDCFV se remite al Derecho común, y el art. 1347.3 del C.c. dice que son bienes gananciales “*Los adquiridos a título oneroso a costa del caudal común, bien se haga la adquisición para la comunidad, bien para uno solo de los esposos*”, y dado que con arreglo a los art. 20 y ss. de la LSyU, la adquisición de las facultades urbanísticas, singularmente, a edificar y a destinar la construcción, el edificio y las instalaciones al uso o usos permitidos por la ordenación urbanística aplicable, se halla condicionada al levantamiento de las cargas urbanísticas, singularmente las de la reparcelación, podríamos considerar económicamente el pago por uno o ambos cónyuges de dichas cargas como una inversión (dar algo para recobrarlo multiplicado) y, en consecuencia aplicar dicho art. 1347.3 del C.c. y no el principio de subrogación legal.

Entendemos que no procede, atendiendo a la liquidación del régimen de comunicación foral en cada una de sus tres posibilidades de extinción,

que podríamos denominar: 1.- frustración, o sea, pactarse un nuevo régimen, declaración de nulidad de matrimonio, su separación o divorcio, o la disolución, declaración de concurso, incapacitación, ausencia, daño o fraude de los derechos el consorte, condena por abandono de familia por las otras causas del art. 95 2.- malogro, cuando se disuelve por muerte de un cónyuge sin hijos o descendientes comunes y 3.- consolidación, cuando muere un cónyuge sí habiendo hijos o descendientes comunes.

Cargas urbanísticas y consolidación de la comunicación foral: Como quiera que la consolidación (cfr. art. 96 de la LD CFV) hace comunes todos los bienes de los cónyuges, es de aplicación la regla según la cuál de las cargas del matrimonio responden todos los bienes (art. 98 de la LD CFV), cargas que serán, a falta de definición por dicho texto legal las del art. 1362 del C.c. (“*Serán de cargo de la sociedad de gananciales los gastos que se originen por alguna de las siguientes causas: 2. La adquisición, tenencia y disfrute de los bienes comunes*”) y, por lo tanto no hay derecho de reembolso de dichos gastos ni su consideración como mejoras o inversiones cuyo importe deba ser abonado al patrimonio privativo de un cónyuge.

Cargas urbanísticas y frustración de la comunicación foral: Procede distinguir entre bienes inmuebles troncales y no troncales. Recordemos que la reparcelación voluntaria transmite el carácter troncal a los bienes adjudicados (cfr. art. 22.3 de la LD CFV y 48.2 de la LSyU), no así la reparcelación forzosa, sin perjuicio del nacimiento de una nueva troncalidad desde la adjudicación por virtud de ésta de bienes raíces en el infanzonado.

Bienes no troncales: Conforme al art. 109.1 de la LD CFV podemos entender, que las cargas se consideran como meros gastos (art. 109.3) no, por el contrario (art. 109.1), que la adquisición de dichos bienes troncales se hubiera hecho en parte (mediante su contraprestación) con bienes de otra procedencia (en cuyo caso pertenecerán en proindivisión a los titulares de tales bienes en proporción a su cuantía) pues ello repugna a la naturaleza de las cargas urbanísticas como deudas de conversión en

obligaciones pecuniarias, vencidas líquidas y exigibles que son, no lo olvidemos “*obligaciones propter rem*”

Por lo tanto no hay adquisición en pro indiviso alguno, sin perjuicio de eventuales derechos de reembolso entre los patrimonios privativos o comunes (por antonomasia conyugales) en juego.

Bienes troncales: Si el bien conserva la troncalidad, resulta de aplicación el art. 109 de la LDCFV. La no aplicación de la pro indivisión, amén de por la razón antedicha de la naturaleza de la carga urbanística, que no es contraprestación de la adquisición, también deriva de la esencia de preservar el patrimonio familiar de la troncalidad (art. 17 de la LDCFV), que los bienes troncales se extienden a sus accesiones (art. 19 de la LDCFV) entiendo que no cabe nunca comprender como bien adquirido pro indiviso aquél a tenor del art. 109.1 del mismo texto legal.

Cargas urbanísticas y malogro de la comunicación foral: Procede distinguir entre bienes inmuebles troncales y no troncales en términos iguales a los de la frustración, con la particularidad que para los bienes que preserven la troncalidad anterior resulta de aplicación el art. 110.3 de la LDCFV.

Por lo tanto no hay adquisición en pro indiviso alguno, sin perjuicio de eventuales derechos de reembolso entre los patrimonios privativos o comunes (por antonomasia conyugales) en juego cuando hablemos de bienes no troncales.

Cuando los bienes sean troncales, como quiera que la participación en la reparcelación lo es en la equidistribución de beneficios o cargas, o sea, que para que el bien se mejore, luego su pago es uno de los conceptos previstos en el art. 110.3 de la LDCFV para el supuesto de disolución de la comunicación foral por muerte de un cónyuge y no existan descendientes, de modo que “*las adquisiciones onerosas o mejoras de bienes raíces troncales serán para el cónyuge de cuya línea provengan o para sus herederos tronqueros, pero se tendrá presente en la liquidación de la sociedad conyugal el valor*



*actualizado de las inversiones realizadas, con abono al otro cónyuge, o a sus herederos, del haber que le corresponda. Tal abono podrá no tener efecto hasta el fallecimiento del cónyuge viudo, pues se reconoce a éste el derecho de gozar y disfrutar libremente de su mitad durante sus días”.*

Por fin, “*last but not least*” ha de señalarse que las indicadas soluciones del Derecho Civil Foral vizcaíno son diametralmente opuestas al Derecho común, pues el art. 1359 del C.c. distingue para que el patrimonio perjudicado por el gasto (en edificaciones, plantaciones y cualesquiera otras mejoras) reembolse u opte por la plusvalía debida a la inversión entre el caso de inversión de bienes privativos en comunes (reembolso) o, por el contrario, de bienes comunes en privativos (plusvalía), mientras que en el derecho foral el reembolso se da en bienes la frustración y a la plusvalía en el malogro (disolución del matrimonio por muerte, sin hijos comunes).

## 6. FACULTADES DE ACCESIÓN

Ya hemos dicho que sólo mediante el cumplimiento de los deberes urbanísticos en el suelo urbano y urbanizable se adquiere como añadido en contrapartida a dichos deberes el derecho a edificar (STS, Sala 3ª, de 29-09-1980, 14-06-1983 y 12-05-1987, o sea, como dice ésta última “*el propietario haya ganado los contenidos artificiales que se añaden a su derecho inicial*” y art. 23 de la Ley de Suelo y Urbanismo).

El TRLS 1992 en sus art. 23 y ss., declarados inconstitucionales, pero muy didácticos afirma “*Facultades urbanísticas. 1. El contenido urbanístico de la propiedad inmobiliaria se integra mediante la adquisición sucesiva de los siguientes derechos: (...) c) A edificar, consistente en la facultad de materializar el aprovechamiento urbanístico correspondiente y d) A la edificación, consistente en la facultad de incorporar al patrimonio la edificación ejecutada y concluida con sujeción a la licencia urbanística otorgada, siempre que ésta fuera conforme con la ordenación urbanística aplicable.*”. Los artículos 22 y 23 de la LSyU son muy similares.

La conclusión que obtenemos desde el punto de vista de la LDCFV es que lo edificado, plantado o sembrado en terreno propio o ajeno (cfr. art. 353 y ss. del C.c.), sobre todo lo edificado, sólo existe jurídicamente (cfr. art. 334 y 1460 del C.c.) si ello, o es permitido por la legislación urbanística y así declarado mediante la correspondencia licencia urbanística, pues, conforme al art. 211.1 de la LSyU, “*La obtención de la licencia urbanística legitima la ejecución de los actos y las operaciones, así como la implantación y el desarrollo de los usos y las actividades correspondientes. En ningún caso podrán adquirirse, ni aun por silencio administrativo positivo, facultades o derechos disconformes con la ordenación urbanística ni con la legalidad vigente*”.

La otra posibilidad en la que podemos considerar que se ha incorporado al patrimonio lo edificado es en el de la prescripción de la infracción urbanística (cfr. art. 229 de la LSyU), en cuyo caso, lo edificado queda en situación de fuera de ordenación (cfr. art. 31.4 y 224.4 de la LSyU), en cuyo caso (art. 103 y 224 de la LSyU) no serán autorizables las obras de modernización, consolidación, aumento de volumen o mejora en construcciones y edificios, salvo si su legalización fuera posible y sólo serán autorizables las obras que consideren necesarias para el mantenimiento del edificio en las mínimas condiciones de habitabilidad y salubridad y las dirigidas a evitar daños a terceros, todo ello sin perjuicio del régimen legal de la ruina.

Dicha prescripción de la infracción, no tiene lugar respecto de los actos ejecutados en suelo no urbanizable, sobre terrenos calificados en el planeamiento como dotaciones públicas de la red de sistemas generales, los ejecutados en dominio público o en las zonas de servidumbre del mismo y los que afecten a bienes catalogados por el ayuntamiento o declarados de interés cultural en los términos de la legislación sobre patrimonio histórico, cultural y artístico.

Desde el punto de vista de la LDCFV, ello supone que sólo lo edificado, plantado o sembrado legalmente (y en su defecto en situación de fuera de ordenación) se entiende adquirido y existente y así:

Definición de bienes troncales por accesión: Sólo lo edificado, plantado o sembrado legalmente en suelo troncal es bien troncal tanto en cuanto a su estado originario (art. 19 de la LDCFV) como en cuanto al tiempo de hacerse efectiva la reserva troncal por el reservista a favor del reservatario (cfr. art. 89 de la LDCFV).

Por otra parte hemos de recordar que la troncalidad no altera en absoluto el régimen general de adquisición y pérdida del dominio y demás derechos reales sobre bienes inmuebles. Sólo impone limitaciones a su libre transmisibilidad que dan lugar a la posible impugnación de los actos en contra de la misma (cfr. art. 17.3 de la LDCFV), separándose el régimen de los actos a título gratuito, nulos de pleno derecho (art. 24), de los efectuados a título oneroso, sujetos a derecho de adquisición preferente y a Saca Foral (art. 112 y ss.).

En consecuencia, bajo dicho prisma, se impone el estudio de diferentes figuras:

La accesión invertida: Siguiendo las clásicas STS de 31-05-1949 y 17-06-1961, la de 23-07-1991, del Tribunal Supremo sienta la doctrina de que cuando: 1. la construcción o edificación invada terrenos colindantes, 2. que esa invasión se efectúe de buena fe, 3. que el propietario que sufra la invasión no se haya opuesto a la realización de la obra oportunamente y 4. que la edificación resulte en todo indivisible, y 5. que de un valor desproporcionadamente superior en relación al territorio ocupado o invadido, ni tiene lugar la accesión (“*superficies solo cedit*”) ni se forma una copropiedad. La accesión invertida es un modo de adquirir por ministerio de la ley, como lo demuestran las STS de 29-07-1994, 12-12-1995 y 12-02-2008, pues obliga al que construyó no sólo al pago del valor del terreno ocupado sino también a la indemnización reparadora de los daños y perjuicios, comprensivos del menoscabo patrimonial que representa la porción ocupada sobre el resto de la finca a causa de la segregación producida, por imperativo del art. 1901 del C.c. Por lo tanto, no hay acción troncal para evitarla.

El derecho de superficie: El derecho de superficie es (art. 40 TRLS 2008) un derecho real que atribuye al superficiario la facultad de realizar construcciones o edificaciones en la rasante y en el vuelo y el subsuelo de una finca ajena, manteniendo la propiedad temporal (máximo 99 años) de las construcciones o edificaciones realizadas. Dicho derecho de superficie es susceptible de transmisión y gravamen con las limitaciones fijadas al constituirlo. A la extinción del derecho de superficie por el transcurso de su plazo de duración, el propietario del suelo hace suya la propiedad de lo edificado, sin que deba satisfacer indemnización alguna cualquiera que sea el título en virtud del cual se hubiera constituido el derecho y determina la extinción de toda clase de derechos reales o personales impuestos por el superficiario, salvo que por cualquier otra causa se reunieran los derechos de propiedad del suelo y los del superficiario, en cuyo caso las cargas que recayeren sobre uno y otro derecho continuarán gravándolos separadamente hasta el transcurso del plazo del derecho de superficie.

Obviamente, la constitución de un derecho de superficie es un acto de disposición (art. 24 de la LDCFV) y, desde luego, de enajenación (art. 112 del mismo texto legal) a los efectos de la troncalidad.

A la vista de la literalidad del art. 19.1 de la LDCFV cabe que el derecho autónomo del superficiario sea troncal, pues es un “*demás derechos reales de disfrute que recaigan sobre: 1.- El suelo y todo lo que sobre el mismo se edifica, planta o siembra*”, luego la edificación directa sobre el suelo o sobre edificios en tierra llana parece en sí mismo. Y el término “*sobre*” parece excluir “*debajo de*”, pero una interpretación conforme la realidad social (cfr. art. 3.1 del C.c.) parece excluir esta conclusión, lo que abre la puerta al derecho de subedificación, que tratamos de seguido.

El derecho de sobre o subedificación: Siguiendo la definición del art. 16.2 del Reglamento Hipotecario, en la parte no anulada por la STS, Sala 3ª, de 24-02- 2000, consiste en el derecho de elevar una o más plantas sobre un edificio o el de realizar construcciones bajo su suelo, haciendo suyas las edificaciones resultantes, que, sin constituir derecho de su-

perficie, se reserve el propietario en caso de enajenación de todo o parte de la finca o transmita a un tercero.

Entiendo aplicables las mismas consideraciones que respecto del derecho de superficie.

La comunicación foral y la accesión: A los efectos del art. 95 de la LDCFV hemos de distinguir:

Como tales bienes, privativos o ganados sólo existirán si tienen la pertinente licencia o ha prescrito la infracción urbanística.

Tanto en uno como en otro caso, existan jurídicamente o no, los actos de administración y disposición (cfr. art. 99 y ss. LDCFV) siguen el régimen común.

También tanto en uno como en otro supuesto, existan jurídicamente o no, la afectación de bienes por obligaciones de uno o ambos cónyuges (cfr. art. 98 y 102), particularmente por sanciones, órdenes de ejecución, etc., siguen el régimen ordinario.

No obstante, en cuanto a los bienes a computar a su disolución (art. 104 y ss.), sólo deberían computarse los que existan jurídicamente según sus circunstancias urbanísticas reales, no como edificios construidos y legales, criterio que es imperativo en la valoración para la Administración pública (TRLRHS 2008), para las entidades de crédito (Orden ECO/805/2003, de 27 de marzo) y debería serlo en las valoraciones civiles ordinarias pues nos supone sino justipreciar las facultades del dominio realmente incorporadas y, además, como hemos visto los cambios de titulares no eviccionan el cumplimiento de los deberes urbanísticos, entre ellos la restauración de la legalidad urbanística infringida (art. 224 y ss. de la LSyU).

## 7. FACULTADES DE LIBRE APROVECHAMIENTO

Hablamos de usar, disfrutar o consumir los bienes calificación, o sea, (art. 15 de la LSyU) la asignación por el planeamiento de los distintos usos (residencial, industrial, comercial, dotacional...) a las diferentes zonas en las que divide la totalidad o parte del término municipal.

El control final para determinado suelo de propiedad particular se pueda dedicar o no a un uso privado se establece mediante la sujeción de todo uso o actuación a la preceptiva Licencia Urbanística otorgada conforme a normativa tal y como ordena el tantas veces transcrito artículo 211 de la LSyU, conforme al cuál la obtención de la licencia urbanística “*legítima la ejecución de los actos y las operaciones, así como la implantación y el desarrollo de los usos y las actividades correspondientes*” y recuerda la Jurisprudencia, ejemplo de la cuál es la STS, Sala 3<sup>a</sup>, de 21-07-1994 (“*La obligatoriedad de los planes implica que el uso de los predios no podrá apartarse del destino previsto en aquéllos, debiendo, por tanto, otorgarse o denegarse las licencias, de forma reglada, según que la actuación que se pretenda llevar a cabo resulte o no ajustada a la ordenación urbanística...*”), sin que puedan entenderse adquiridas por silencio administrativo licencias en contra de la ordenación territorial o urbanística (cfr. STS, Sala 3<sup>a</sup>, de 28-01 y artículo 20 de la LSyU).

No es sucedáneo las de Licencias de Usos provisionales, pues el artículo 37.2 de la LSyU dice que:

“2. *La licencia de usos provisionales se entenderá otorgada en precario, y perderá su eficacia, sin necesidad de trámite alguno ni audiencia previa, cuando el ayuntamiento requiera el cese de los usos autorizados, la demolición de las obras y el desmontaje de las instalaciones*”.

Aclara al efecto su anterior artículo 36.5, párrafo último: *La autorización legítima los actos a que refiera a título de precario, y bajo la condición legal del cese del uso o usos provisionales y la demolición de las obras y el desmontaje de las instalaciones desde el requerimiento municipal en tal sentido y sin derecho a indemnización alguna*”.

Y concluye el artículo 37.3 del mismo texto legal: “3. *Los terceros adquirentes de cualquier derecho de los titulares de la licencia municipal no tendrán derecho a indemnización alguna por razón del requerimiento municipal o la declaración del incumplimiento de las condiciones de la licencia y sus efectos, ni podrán interrumpir ni dificultar la ejecución del planeamiento urbanístico, sin perjuicio del ejercicio de las acciones que pudiera proceder contra los transmitentes de la licencia*”.

Fuera de ordenación (artículo 19.2.a del T.R. de la Ley del Suelo):

Según el artículo 101.3.a) de la Ley de Suelo y Urbanismo están en situación de fuera de ordenación los edificios, construcciones, instalaciones y usos existentes con anterioridad al planeamiento urbanístico en vigor y para los que éste prevea su desaparición en un plazo determinado, por quedar incluidos en alguna de las actuaciones aisladas, integradas o de ejecución de sistemas generales y locales previstas en esta Ley. La STS, Sala 1ª, de 25-11-1999 está al sentido literal del concepto legal de fuera de ordenación y previene contra malabarismos semánticos que traten de eludirlos como argüir que “*el plan lo dice singular y expresamente, indicando su disconformidad con carácter sustantivo*” o que “*No están fuera de ordenación los edificios existentes en estado general de buen uso*”.

Es lo mismo “*edificios*” que “*industrias fuera de ordenación*”, conforme a la doctrina jurisprudencial de la que es exponente la STS, Sala 1ª, de 8-11-2007 y la STS, Sala 3ª, de 7-06-1988, de modo que estando el edificio o instalación fuera de ordenación, no hay uso privado propiamente pues el concedido es meramente provisional sin que se haya incorporado al patrimonio, como recuerda la STS, Sala 3ª, de 7-02-1995.

## 8. FACULTADES DE POSESIÓN EXCLUYENTE Y REIVINDICACIÓN

Básicamente las acciones que protegen el dominio son: 1.- La acción de mera declaración. 2.- La acción reivindicatoria. 3.- La acción publiciana. 4.- La acción Negatoria. 5.- Las acción de cerramiento de fincas.

6.- Las acciones de deslinde y amojonamiento. 7.- Los interdictos de obra nuevas y de obra ruinosa y 8.- Los interdictos de recobrar o de adquirir la posesión.

El principio general es el comprendido en el artículo 211 de la LSyU, de modo que la obtención de la licencia urbanística legitima la ejecución de los actos y las operaciones, así como la implantación y el desarrollo de los usos y las actividades correspondientes, pero, dada la bilateralidad de las relaciones jurídicas en nuestro Ordenamiento, ello es entre la Administración actuante y el particular que las interesa, no terceros particulares, razón por la que el apartado 2 del mismo precepto aclara que en todo caso, las licencias se concederán a salvo del derecho de propiedad y sin perjuicio de terceros.

Idea recogida de los artículos 10 y 12 del Decreto de 17-06-1955, por el que se aprueba el Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales, conforme a los cuáles, respectivamente “*Los actos de las Corporaciones Locales por los que se intervenga la acción de los administrados producirán efectos entre la Corporación y el sujeto a cuya actividad se refieran, pero no alterarán las situaciones jurídicas privadas entre este y las demás personas*” y “*1. Las autorizaciones y licencias se entenderán otorgadas salvo el derecho de propiedad y sin perjuicio del de tercero. 2 No podrán ser invocadas para excluir o disminuir la responsabilidad civil o penal en la que hubieren incurrido los beneficiarios en el ejercicio de sus actividades*”.

Y el STSJ del País Vasco, Sala de lo Contencioso-Administrativo, sec. 1ª, en Sentencia de 29-1-2004 “*la actuación municipal no prejuzga el derecho de propiedad ni lo perjudica, conforme sanciona el Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales de 1955 en su artículo 12*” aunque matiza “*sin embargo, respecto de ese régimen, la STS de 5 de diciembre de 1998, entre otras muchas, destaca que; “(…), no obstante lo acabado de exponer, y tal como tiene reiteradamente declarado esta Sala, ello no significa que la Administración no tenga facultades para reclamar la justificación del derecho dominical sobre el terreno objeto de la pretendida licencia, cuando abrigue dudas de que el mismo le está*



*atribuido al solicitante de la autorización -Sentencias de 30 mayo 1969, 17 diciembre 1979, 17 febrero 1983, 25 febrero 1991, etc.-*

Por lo tanto, el urbanismo poco incide en este aspecto en la LDCFV.

Bilbao, octubre de 2011.