

3. URBANISMO

Posibilidades de concentración de la afección real urbanística reparcelatoria y de su sustitución por otras garantías

Possibilities of concentrating the urban security right or replacing it by other guarantees in plot-redivision procedures

por

EUGENIO-PACELLI LANZAS MARTÍN

Abogado

RESUMEN: En este comentario se analizan las posibilidades de sustitución de la afección real de fincas de resultado de la reparcelación por otro tipo de garantías así como de la concentración de dicha afección real sobre algunas de las fincas reduciendo o suprimiendo la afección real de otras.

ABSTRACT: *This comment analyses the possibilities of replacing the legal security right of plots defined by a plot redistribution project by another kind of guarantees, and the possibilities of concentrating such security right on certain plots by decreasing or removing the legal security of other plots.*

PALABRAS CLAVE: Proyecto de reparcelación, afección real, concentración, sustitución, garantía.

KEYWORDS: *Plot redistribution project, legal security right, concentration, substitution, replacement, guarantee.*

Resolución de 25 de abril de 2016, de la Dirección General de los Registros y del Notariado.

SUMARIO: I. RESUMEN DE LOS HECHOS.—II. EXTRACTO DE LOS FUNDAMENTOS DE DERECHO.—III. COMENTARIOS: 1. PLANTEAMIENTO. 2. PREVISIONES LEGALES SOBRE LAS POSIBILIDADES DE CONCENTRACIÓN Y SUSTITUCIÓN DE LA AFECCIÓN REAL. A) *Legislación estatal*. B) *Legislación autonómica*. 3. EL PRINCIPIO DE EQUIDISTRIBUCIÓN COMO PUNTO DE PARTIDA. 4. LA REGLA GENERAL DE DISTRIBUCIÓN PROPORCIONAL DE LA CARGA REAL ENTRE LAS FINCAS DE RESULTADO. 5. REGLAS ESPECIALES Y EXCEPCIONALES:

SUPUESTOS LEGALES DE SUSTITUCIÓN Y CONCENTRACIÓN. A) *El deber de cesión gratuita de suelos por ministerio de la ley.* B) *Los bienes de dominio público que no participan en el aprovechamiento.* C) *Las fincas adjudicadas con carácter fiduciario a las juntas de compensación.* D) *La posible incorporación de empresas urbanizadoras.* E) *La posibilidad de pago en especie de los gastos de urbanización.* 6. EL PRINCIPIO DE AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD APLICABLE EN MATERIA REPARCELATORIA SEGÚN LA LEGISLACIÓN, LA JURISPRUDENCIA Y LA DOCTRINA. 7. CONSIDERACIONES SOBRE LA ADMISIBILIDAD DE LA SUSTITUCIÓN Y CONCENTRACIÓN PESE AL SILENCIO DE GRAN PARTE DE LAS LEYES AUTONÓMICAS. 8. LIMITACIONES Y CONDICIONANTES LEGALES. A) *Remisión a la legislación urbanística aplicable.* B) *Validación por el ayuntamiento de las operaciones de sustitución o concentración.* C) *Extensión subjetiva y objetiva del control municipal.* D) *Suficiencia de la garantía del pago de los gastos de urbanización.* E) *El consentimiento de titulares registrales de derechos y cargas.*

I. RESUMEN DE LOS HECHOS

Se suspende la inscripción de una sentencia dictada en un procedimiento civil por la que se acuerda, entre otros pronunciamientos, la división material en dos de una finca resultante de una reparcelación previamente inscrita, así como la distribución entre las dos nuevas fincas formadas de la afección urbanística derivada del proyecto de reparcelación que gravaba la finca matriz, aunque sin especificar la magnitud de la carga para cada una de ellas.

La registradora considera necesario para inscribir la concreción de garantía, al tratarse de una carga urbanística, el consentimiento del Ayuntamiento aprobando la distribución.

II. EXTRACTO DE LOS FUNDAMENTOS DE DERECHO

Interpuesto recurso contra la calificación registral, la Dirección General de los Registros y del Notariado desestimó el recurso confirmando dicha calificación en su Resolución de 25 de abril de 2016, de cuyos pronunciamientos destacamos a continuación los más relevantes a los efectos de este comentario.

«2. La ordenación del territorio, tal y como se configura en las normas urbanísticas, está basada en el principio de equidistribución y en consecuencia en el de justa distribución de beneficios y cargas, que ha de garantizar a todos los propietarios de suelo de cada área urbanística el porcentaje susceptible de apropiación correspondiente, a su vez y con la misma finalidad supone la imposición de un deber legal imputable a los propietarios del suelo, todo ello bajo la tutela, fiscalización y control de la Administración. La ejecución del planeamiento es por lo tanto una función pública en la que los propietarios del suelo, pueden intervenir en mayor o menor medida según el sistema de ejecución que se aplique (compensación, cooperación o expropiación y, más recientemente, la figura del agente urbanizador).

Cuando el desarrollo del planeamiento se lleva a cabo mediante gestión directa supone que la actividad urbanística es asumida por la propia Administración o por una entidad de su sector público (organismo autónomo, agencia pública,

sociedad mercantil de capital exclusivo público,...) que realiza la parte esencial de su actividad para la Administración urbanística. La gestión indirecta se produce cuando la actividad urbanística y los riesgos de ésta son asumidos por terceros ajenos a la Administración.

En la gestión indirecta, el agente urbanizador que fue introducido por primera vez por la Ley 6/1994, de 15 de noviembre, reguladora de la actividad urbanística, valenciana, puede definirse, conforme ya hizo la Ley 16/2005, de 30 de diciembre, urbanística valenciana, como la persona, física o jurídica, seleccionada por la Administración en un procedimiento público que asume el cumplimiento de las obligaciones de las que son sujetos pasivos los propietarios del suelo a cambio de obtener la pertinente retribución por parte de los indicados propietarios del suelo, de manera que la Administración se asegura un interlocutor y permite concretar el alcance y el modo de cumplimiento de las obligaciones que, legalmente, están atribuidas a los propietarios, controlando el proceso de cumplimiento de las mismas y las características y calidad de las obras de urbanización que han de serle cedidas. Estas obligaciones de los propietarios y los correlativos derechos de la Administración no se ven alterados por la intervención del agente urbanizador que es un mero gestor que, por medio de la redacción de los instrumentos de planeamiento y gestión urbanística, facilita tanto el cumplimiento de las obligaciones de los propietarios de suelo como la participación de la Administración actuante en las plusvalías generadas por la acción urbanística.

La relación jurídica entre la Administración urbanística y el agente urbanizador conserva en consecuencia su carácter público porque está vinculada a una función específica de la Administración Pública, ahora bien con la peculiaridad de que la retribución del agente urbanizador no la sufraga la Administración actuante, sino que corresponde a los propietarios del suelo que no sólo tienen que sufragar las cargas de la urbanización, sino que también costean el beneficio empresarial del agente urbanizador, sin embargo quien decide la cuantía de las contraprestaciones no son los propietarios, ni los propietarios y el urbanizador, sino la Administración actuante, y ello porque el control y dirección del proceso urbanístico, con independencia de la forma de gestión, siguen correspondiendo a la Administración municipal.

3. En cuanto a la afección de las fincas afectadas por el procedimiento urbanizador, nuestro ordenamiento urbanístico atendiendo a las distintas etapas del procedimiento, distingue entre la afección de los terrenos al cumplimiento de las obligaciones que se derivan del inicio del proceso de transformación urbanística, que se inicia con la delimitación de una unidad de ejecución, de la afección real de las fincas al pago de los gastos de urbanización con ocasión de la aprobación del proyecto de equidistribución.

(...) Durante el período anterior a la aprobación del proyecto son además frecuentes los pactos compensatorios o la sustitución de garantías, situaciones que se reflejaron o serán tenidas en cuenta para la determinación de la afección una vez aprobado el proyecto, como resulta del artículo 19.1.b y 19.3 del Real Decreto 1093/1997.

El artículo 54 del Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de suelo, adoptó la mecánica de dicho artículo que se recoge actualmente el artículo 68.1 del Real Decreto Legislativo 7/2015,

de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana.

La aprobación definitiva del proyecto de equidistribución, da lugar al nacimiento a las fincas de resultado que, desde ese mismo momento, se afectan al pago de los gastos de urbanización en la proporción que individualmente les corresponda. Así, el artículo 51.1 del texto refundido de la Ley de suelo de 2008, actual 65.1.a) del Real Decreto Legislativo 7/2015, establece: «Serán inscribibles en el Registro de la Propiedad: a) Los actos firmes de aprobación de los expedientes de ejecución de la ordenación urbanística en cuanto supongan la modificación de las fincas registrales afectadas por el instrumento de ordenación, la atribución del dominio o de otros derechos reales sobre las mismas o el establecimiento de garantías reales de la obligación de ejecución o de conservación de la urbanización y de las edificaciones». Para la efectividad de dicha afectación el Real Decreto 1093/1997, reguló su constancia registral en sus artículos 19 y 20.

4. La naturaleza del crédito urbanístico y de su garantía real, en la terminología utilizada por la legislación urbanística ha sido, y sigue siendo objeto de una amplia discusión doctrinal. La jurisprudencia del Tribunal Supremo ha ido perfilando la configuración de dichas figuras. En este sentido son fundamentales las Sentencias de 15 y 21 de julio de 2014 y 23 de julio de 2015, cuyo contenido, en lo que aquí interesa es el siguiente:

En cuanto a la naturaleza jurídica del crédito por obras de urbanización, la Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de mayo de 1994 señala que la ejecución de unas obras de urbanización es obra de naturaleza pública cuya titularidad corresponde a la Administración actuante. En este sentido importa destacar no sólo las facultades reconocidas a la Administración para vigilar la ejecución de las obras e instalaciones —artículo 175.3 del Reglamento de Gestión Urbanística— sino las cláusulas que, según el artículo 176.3 del mismo Reglamento, debe necesariamente contener todo contrato de ejecución de obra concertado por la junta de compensación; también, la Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de julio de 2007, se refiere a la naturaleza de obra pública las referidas a la urbanización llevadas a cabo por encargo de la junta de compensación; la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera, de 23 de junio de 2010, dice: «se está ante una obra de condición pública, la cual debe realizarse conforme a un proyecto aprobado por el Ayuntamiento, cosa que confiere naturaleza administrativa al contrato, en atención a la naturaleza administrativa de la Junta de Compensación y a la naturaleza pública de la obra».

En cuanto al carácter de garantía real de la obligación. Son de destacar los siguientes preceptos: El artículo 16.6 del Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de suelo (hoy artículo 18.6 del Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre) establece: «los terrenos incluidos en el ámbito de las actuaciones y los adscritos a ellas están afectados, con carácter de garantía real, al cumplimiento de los deberes del apartado anterior». También el artículo 126 del Reglamento de Gestión Urbanística, dispone: «las fincas resultantes 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 (...) Esta afectación será preferente a cualquier otra y a todas las hipotecas y cargas anteriores, excepto a los créditos a favor del Estado...», y el artículo 178

del mismo texto legal, señala: «las fincas resultantes del acuerdo definitivo de compensación quedarán gravadas, con carácter real, al pago de la cantidad que corresponda a cada finca, en el presupuesto previsto de los costes de urbanización del polígono o unidad de actuación a que se refiera, en su día al saldo definitivo de la cuenta de dichos costes». Por último, el 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, reitera, en su artículo 19, lo siguiente: «quedarán afectos al cumplimiento de la obligación de urbanizar, y de los demás deberes dimanantes del proyecto y de la legislación urbanística, todos los titulares del dominio u otros derechos reales sobre las fincas de resultado del expediente de equidistribución, incluso aquellos cuyos derechos constasen inscritos en el Registro con anterioridad a la aprobación del Proyecto, con excepción del Estado...». La jurisprudencia se ha pronunciado sobre el carácter privilegiado y preferente de las cargas urbanísticas a favor de la junta de compensación. Así, entre otras, la muy expresiva Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de julio de 1990, Sala Tercera, Sección Primera, cuando señala: «por muchas que sean las hipotecas que recaigan sobre una parcela no afectan a la garantía de los costes de urbanización que le correspondan, ya que de acuerdo con el art. 126 del Reglamento de Gestión Urbanística al que se remite el 178 estos costes quedan asegurados con garantía real preferente o cualquier otro y a todas las hipotecas y cargas anteriores».

Concluyen las citadas Sentencias afirmando que las obligaciones derivadas de los planes de ordenación urbanística, concretamente las derivadas de la urbanización de la unidad de actuación, son obligaciones de carácter real, que dan una preferencia de cobro sobre el bien afectado, por encima de cualquier otro derecho inscrito con anterioridad, por lo que cabe hablar de una hipoteca legal tácita. La constancia registral de la afección marca el momento a partir del cual la preferencia se predica «erga omnes», y se extiende incluso, a cargas anteriores inscritas».

5. Queda analizar la legislación autonómica aplicable a este expediente, pues la determinación de los gastos y por lo tanto el objeto de la afección y su control corresponde de manera exclusiva y excluyente a la Comunidad Autónoma conforme al artículo 148.2 de la Constitución.

El artículo 80 de la Ley 5/2014, de 25 de julio, de la Generalitat, de Ordenación del Territorio, Urbanismo y Paisaje, de la Comunitat Valenciana, señala como objeto de la reparcelación «(...) c) Retribuir al urbanizador por su labor, ya sea adjudicándole parcelas edificables o afectando estas a sufragar las cargas de urbanización (...) h) Concretar y asignar a cada propietario la parte correspondiente de las cargas de urbanización y establecer las condiciones y garantías del pago de las mismas».

Por su parte el artículo 93, que regula los efectos de la reparcelación señala que la aprobación de la reparcelación forzosa producirá los efectos siguientes: «c) Afección real de las fincas resultantes privadas al cumplimiento de las cargas y al pago de los gastos inherentes al proceso urbanizador».

Por lo tanto, al marco regulado por la legislación valenciana le son de aplicación los anteriores pronunciamientos.

(...) En conclusión, puesto que la carga urbanística se asigna en función del aprovechamiento atribuido, por lo que su división debe conservar el criterio de

proporcionalidad respecto a la finca resultante que no solo se determina en función de la superficie, y dado que, como se ha dicho anteriormente, la afectación no solo garantiza la retribución y beneficio del urbanizador y la garantía legal es de interés público, con importantes privilegios y efectos «erga omnes» desde su inscripción, su alteración debe requerir la intervención del órgano administrativo que tiene legalmente atribuida la dirección y control del procedimiento urbanístico. No hay que olvidar que la ordenación del territorio, tal y como se configura en las normas urbanísticas, está basada en el principio de equidistribución y en consecuencia en el de justa distribución de beneficios y cargas, tal objetivo podría quedar fácilmente estéril si posteriormente los particulares, o éstos y el urbanizador pueden comerciar libremente con dichos porcentajes de distribución sin tener en cuenta las propias limitaciones derivadas del régimen urbanístico de la propiedad del suelo, ya que este el régimen es estatutario y resulta de su vinculación a concretos destinos, en los términos dispuestos por la legislación sobre ordenación territorial y urbanística.

(...) En consecuencia, esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso y confirmar la nota de calificación de la registradora en los términos que resultan de las anteriores consideraciones».

III. COMENTARIOS

1. PLANTEAMIENTO

El presente comentario se centra en la afectación real de las fincas de resultado de un expediente de equidistribución urbanística al pago de los gastos de urbanización que accede al Registro de la Propiedad en el cuerpo de la inscripción de dichas fincas en virtud del correspondiente título reparcelatorio.

A tal fin, la concreción de la garantía real tiene lugar mediante la constancia en la inscripción de las fincas de resultado de las circunstancias previstas en el artículo 19.1 del Real Decreto 1093/1997: que la finca queda afecta al pago del saldo de la liquidación definitiva de la cuenta del proyecto, el importe que le corresponda en el saldo de la cuenta provisional de la reparcelación y la cuota que se le atribuya en el pago de la liquidación definitiva por los gastos de urbanización y los demás del proyecto, sin perjuicio de las compensaciones procedentes, por razón de las indemnizaciones que pudieren tener lugar.

No nos referimos, por tanto, a la conocida como nota de afectación al sistema de actuación o nota marginal de inicio del expediente de equidistribución que se practica en el folio de cada una de las fincas de origen, que no puede confundirse con la afectación real de las fincas de resultado al pago de los gastos de urbanización, con la que presenta importantes diferencias. Entre tales diferencias destacan las derivadas de su régimen jurídico y efectos radicalmente distintos (en el caso de la nota de afectación, se contemplan en los artículos 5 y 14 y siguientes del citado Real Decreto y en el caso de la verdadera afectación real urbanística, en los artículos 19 y 20), de la clase de asiento a practicar (en el primer caso, el de nota marginal y en el segundo, el de inscripción), de la clase de fincas sobre las que recaen (el primero recae sobre las fincas de origen de la reparcelación y el segundo, sobre

las de resultado), del título inscribible (solicitud o instancia en un caso y proyecto de equidistribución en el otro) y de su duración y régimen de cancelación (siendo susceptible de prórrogas sucesivas la nota marginal pero no la afección real)¹.

Pese a las diferencias que acabamos de esbozar, la legislación urbanística no siempre ha dado muestras de una total precisión a la hora de deslindar ambos conceptos. Como ejemplo de ello cabe citar el artículo 18.6 del texto refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana cuando establece que «Los terrenos incluidos en el ámbito de las actuaciones y los adscritos a ellas están afectados, con carácter de garantía real, al cumplimiento de los deberes de los apartados anteriores», pues el primer inciso hace clara referencia a las fincas de origen (terrenos interiores y sistemas generales adscritos) mientras que la auténtica «garantía real» a la que también se refiere es predicable de las fincas de resultado, al mismo tiempo que algunos de los deberes a los que se remite afectan a las primeras y otros a las segundas.

Más certero es el Real Decreto 3288/1978, de 25 de agosto, por el que se aprueba el Reglamento de Gestión Urbanística, cuyo artículo 113.1.d) exige que el título reparcelatorio inscribible refleje la «cuantía del saldo de la cuenta de liquidación provisional con que quede gravada cada una de las fincas adjudicadas». Por su parte, el artículo 126 establece en sus apartados 1 y 2^o que «Las fincas resultantes 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» y que «Esta afección será preferente a cualquier otra y a todas las hipotecas y cargas anteriores, excepto a los créditos en favor del Estado a que se refiere el número 1 del artículo 1.923 del Código Civil y a los demás créditos tributarios en favor del Estado, que estén vencidos y no satisfechos y se hayan hecho constar en el Registro antes de practicarse la afección a que el presente artículo se refiere». Finalmente, el apartado 1 del artículo 178³ añade que «Las fincas resultantes del acuerdo definitivo de compensación quedarán gravadas, con carácter real, al pago de la cantidad que corresponda a cada finca, en el presupuesto previsto de los costes de urbanización del polígono o unidad de actuación a que se refiera, en su día al saldo definitivo de la cuenta de dichos costes».

La afección real objeto de inscripción en el folio de las fincas de resultado del proyecto de reparcelación es, como señala GARCÍA GARCÍA⁴, una auténtica garantía real de la obligación de ejecución de la urbanización. Es una afección de garantía y no de mera publicidad y tiene por objeto asegurar el pago del saldo de la liquidación definitiva de la reparcelación correspondiente a cada finca. Gran parte de la doctrina, con LASO MARTÍNEZ, la cataloga dentro de la categoría de las hipotecas legales tácitas⁵, como ha declarado también la jurisprudencia⁶.

Así lo entiende también la Dirección General en la Resolución de 25 de abril de 2016, objeto de este comentario, el cual se centra en el estudio de la posibilidad de sustitución de la afección real urbanística por otras formas de garantía y la de su concentración en una o más fincas de resultado con liberación total o parcial de la responsabilidad que en otro caso sería imputable a otras. Como vimos, la Resolución contiene varias afirmaciones sobre esta materia y luego volveremos sobre este extremo.

2. PREVISIONES LEGALES SOBRE LAS POSIBILIDADES DE CONCENTRACIÓN Y SUSTITUCIÓN DE LA AFECCIÓN REAL

A) *Legislación estatal*

Ni el texto refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana ni el Reglamento de Gestión Urbanística contemplan la posible sustitución de la afección real ni su concentración sobre algunas de las fincas resultantes de la reparcelación.

Es el apartado 3 del artículo 19 del Real Decreto 1093/1997 el que dispone que «No será necesaria la constancia registral de la afección cuando del proyecto de equidistribución resulte que la obra de urbanización ha sido realizada y pagada o que la obligación de urbanizar se ha asegurado mediante otro tipo de garantías admitidas por la legislación urbanística aplicable».

Se contempla así la posibilidad de sustitución de la afección real, concepto genérico en el que tienen cabida tanto la sustitución propiamente dicha por otra forma de garantía como la concentración, que en realidad puede considerarse como una especie concreta de sustitución de la afección en relación con algunas de las fincas de resultado al quedar esta reemplazada total o parcialmente por otra garantía de idéntica naturaleza pero que se hace recaer sobre fincas diferentes que ven de este modo incrementada la responsabilidad que en otro caso les correspondería en proporción a sus respectivas cuotas de participación en la actuación urbanística.

B) *Legislación autonómica*

En algunas comunidades autónomas se regula la sustitución de la afección real por otras garantías y su posible concentración sobre algunas de las fincas de resultado.

Entre ellas cabe citar, en primer lugar, la legislación andaluza, que prevé expresamente la sustitución en el artículo 161 del Decreto 550/2022, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento General de la Ley 7/2021, de 1 de diciembre, de impulso para la sostenibilidad del territorio de Andalucía al establecer que «No será preciso afectar las fincas al pago de los gastos de urbanización cuando del proyecto de reparcelación resulte que la obligación de urbanizar se ha asegurado íntegramente mediante otro tipo de garantías, que deberán depositarse ante la Administración actuante y ser aprobadas por ésta». El mismo Decreto en sus artículos 163 y 164, en desarrollo del 92.6 de la citada Ley, regula la posibilidad de su concentración en algunas de las fincas de resultado pero sólo para el caso de existir varias fases de urbanización y siempre que las parcelas que hayan quedar liberadas se localicen en una fase cuya urbanización haya sido completada y recibida por la Administración actuante. En tales supuestos se exige, además, que la operación de concentración sea aceptada expresamente por el propietario y los titulares de derechos y cargas inscritos sobre las fincas en que se pretenda concentrar la afección.

En Asturias, el artículo 193.c del Decreto Legislativo 1/2004, de 22 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Ordenación del Territorio y

Urbanismo de Asturias incluye entre los efectos de la reparcelación el consistente en la «Afectación real de las parcelas adjudicadas al cumplimiento de las cargas y pago de los gastos inherentes al sistema de actuación correspondiente, que podrá ser sustituida por otra garantía que la Administración actuante considere suficiente».

La misma norma se recoge en el artículo 155 del Decreto 143/2021, de 21 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento General de la Ley de ordenación territorial y urbanística sostenible de Extremadura, que añade que «A tales efectos, podrá considerarse suficiente la garantía por el importe íntegro de los gastos asignados en la cuenta de liquidación provisional a las parcelas adjudicadas».

Por su parte, el Decreto 305/2006, de 18 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley de Urbanismo de Cataluña admite en su artículo 159 la concentración de la afectación siempre que esté prevista en el proyecto de reparcelación o que, en otro caso, «la finca sobre la cual se pretenda la concentración esté valorada en cuantía suficiente para soportar su propia responsabilidad y la de la finca liberada y que consientan en la concentración todas las personas que sean titulares, tanto del dominio como de otros derechos o cargas».

Finalmente, la concentración se regula también en el artículo 146 del Reglamento General de la Ley 12/2017, de 29 de diciembre, de Urbanismo de las Illes Balears, para la isla de Mallorca de forma similar a la prevista en la legislación catalana.

En cambio, en otras comunidades autónomas la legislación del suelo guarda silencio sobre las posibilidades de concentración y sustitución de la afectación real urbanística, planteándose la duda de si el régimen del artículo 19.3 del Real Decreto 1093/1997 resulta de aplicación en aquellas comunidades a falta de habilitación expresa por sus leyes particulares.

3. EL PRINCIPIO DE EQUIDISTRIBUCIÓN COMO PUNTO DE PARTIDA

Como se ha visto, la legislación andaluza contempla tanto la sustitución de la afectación real urbanística como su concentración en fincas determinadas; en algunas comunidades autónomas se regula tan sólo una de estas posibilidades, y finalmente, son muchas las que no hacen referencia expresa alguna a estas operaciones. Sin embargo, consideramos que hay argumentos de peso para entender que ese silencio no es equiparable a su prohibición sino más bien lo contrario.

El fundamento último de la afectación real se encuentra en el principio de equidistribución o de distribución equitativa de los deberes y derechos derivados del planeamiento urbanístico, capital en materia de urbanismo. En efecto, la afectación real es la consecuencia tanto sustantiva como registral del deber de los propietarios de costear la urbanización y la forma prevista para garantizar su cumplimiento.

Ahora bien, en la legislación vigente este principio se aplica de forma directa a todos y cada uno de los propietarios afectados por la actuación urbanística de que se trate, pero no necesariamente a todas y cada una de las fincas de las que sean titulares dentro del ámbito.

Así resulta de numerosos preceptos que hacen referencia al principio de equidistribución tanto de la legislación estatal como de la autonómica. Cabe citar en

este sentido los artículos 13.2.c), 14.c), 16.3, 17.2, 23.1, 24.2.a) del texto refundido estatal de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana de 2015, los cuales refieren este principio a todos y cada uno de los «propietarios», «titulares», «partícipes» o sujetos «interesados» o «afectados» por el expediente, y en ningún caso a todas y cada una de las fincas incluidas en el sector o unidad de ejecución de que se trate⁷.

En este sentido, el artículo 13.2.c) del texto refundido estatal dispone que «El derecho a participar en la ejecución de las actuaciones de nueva urbanización, en un régimen de equitativa distribución de beneficios y cargas entre todos los propietarios afectados en proporción a su aportación». De forma análoga, el artículo 4.2.d) de la Ley del Suelo madrileña establece que la potestad de garantía del cumplimiento del régimen urbanístico comprende, entre otras facultades, la de «Garantizar la efectividad del principio de distribución equitativa de beneficios y cargas derivados de la ordenación urbanística entre los propietarios de suelo».

Como vimos, el Reglamento de Gestión Urbanística exige en su artículo 113.1.d) que el título reparcelatorio inscribible refleje la «cuantía del saldo de la cuenta de liquidación provisional con que quede gravada cada una de las fincas adjudicadas» y en su artículo 178.1 añade que «Las fincas resultantes del acuerdo definitivo de compensación quedarán gravadas, con carácter real, al pago de la cantidad que corresponda a cada finca, en el presupuesto previsto de los costes de urbanización del polígono o unidad de actuación a que se refiera, en su día al saldo definitivo de la cuenta de dichos costes». Sin embargo, tales preceptos no predeterminan la medida en que la carga ha de distribuirse entre las fincas, dejando libertad para tal asignación en su artículo 126.1, según el cual «Las fincas resultantes 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».

Como una de las múltiples manifestaciones del principio al que nos referimos, la afectación real asegura el cumplimiento de una obligación legal de cada propietario y recae sobre sus fincas a fin de lograr la distribución equitativa entre todos ellos de las cargas y beneficios de la actuación, sin que en ningún precepto se exija de manera terminante que esta proporcionalidad se produzca también necesariamente respecto de todas y cada una de las fincas de resultado. Si bien esta última fórmula constituye la regla general, existen múltiples excepciones a ella, como veremos.

Por tanto, el carácter eminentemente subjetivo del principio de distribución equitativa es igualmente predicable de la afectación real. En efecto, esta última, aunque recae directamente sobre las fincas⁸, cumple su cometido siempre que quede asegurada la equidistribución entre todos los propietarios, lo cual exige, según la regla general ya aludida, que todas las fincas adjudicadas a cada uno de ellos, consideradas en su conjunto, respondan con carácter real de las cargas imputables a ellos, pero para ello no es rigurosamente necesario que la afectación real se encuentre repartida proporcionalmente entre todas y cada una de sus fincas.

En definitiva, el principio de equidistribución determina, en lo que aquí interesa, que las cargas de urbanización deben repartirse entre todos los propietarios de manera proporcional a sus respectivas aportaciones, proporción que en ningún caso se exige respecto de cada una de las fincas resultantes de la reparcelación. Esto permite llegar a una primera conclusión a la vista del régimen legal vigente: la afectación real no es sino la garantía prevista legalmente para asegurar el cumplimiento del deber

de costear las obras de urbanización, deber que igualmente se impone por la Ley a cada propietario, de donde resulta que aquella garantía cumplirá su finalidad con independencia de la forma en que sea distribuida en el expediente reparcelatorio entre las fincas que se adjudicaran a cada uno de ellos en el caso de ser varias, siempre que la garantía así constituida sea suficiente para tal alcanzar tal finalidad y se cumplan determinados condicionantes a los que más adelante nos referiremos.

4. LA REGLA GENERAL DE DISTRIBUCIÓN PROPORCIONAL DE LA CARGA REAL ENTRE LAS FINCAS DE RESULTADO

Como se ha visto, el principio de equidistribución tiene un carácter eminentemente subjetivo, al venir referido a todos los propietarios afectados por el expediente de equidistribución. Todos ellos han de responder de los gastos de urbanización en proporción a sus respectivas cuotas de participación, las cuales a su vez coinciden con la suma de las cuotas asignadas a cada una de las fincas de resultado que se adjudiquen a cada uno de ellos.

En todo caso, y dado que la garantía de aquel deber imputable a cada propietario ha de recaer con carácter real sobre las fincas que le sean adjudicadas, resulta necesario analizar la forma y medida en que aquella garantía ha de concretarse entre tales fincas.

Aunque en ningún precepto se establezca de forma explícita, puede decirse como punto de partida que, en la aplicación del principio de equidistribución a las fincas de resultado de la reparcelación, la regla general o natural es la consistente en que cada una de ellas responda de las cargas de urbanización en proporción a la cuota de participación individualmente asignada a las mismas en función del aprovechamiento correspondiente.

Sin embargo, esa regla general, como todas las de este carácter, admite reglas especiales o incluso excepcionales en que se aplican otros criterios diferentes, incluida la posibilidad de su sustitución de la afección como expresamente admite el artículo 19.3 del RD 97, sin duda por entender que con la garantía sustitutoria queda igualmente asegurado el principio de equidistribución.

5. REGLAS ESPECIALES Y EXCEPCIONALES: SUPUESTOS LEGALES DE SUSTITUCIÓN Y CONCENTRACIÓN

Según se ha visto, ninguna norma de la legislación urbanística impone de manera taxativa que la garantía real prevista para asegurar el cumplimiento del deber de contribuir a los gastos de urbanización correspondiente a cada propietario recaiga, en el caso de que le sean adjudicadas varias fincas, sobre todas ellas en proporción al valor o cuota de participación de cada una, si bien tal reparto proporcional parece ser el más natural a falta de otro criterio.

Todo lo expuesto deja abierta desde la legislación la posibilidad de distribución de la garantía real entre las fincas que se adjudiquen en la reparcelación a uno de los propietarios en una proporción distinta a la que apunta la regla general

antes referida, existiendo múltiples ejemplos de ello tanto en la legislación como en la práctica urbanística, según pasamos a exponer.

A) El deber de cesión gratuita de suelos por ministerio de la ley

La primera regla especial frente a la general antes enunciada viene determinada por los suelos que han de adjudicarse a la Administración actuante en virtud de las cesiones gratuitas y obligatorias previstas por la legislación urbanística.

Nos referimos, en primer lugar, a la cesión de suelos a los Ayuntamientos en correspondencia con el aprovechamiento que les atribuye la Ley conforme al artículo 18.1.b) del texto refundido estatal, según el cual no podrá ser inferior al 5 % ni superior al 15 %.

Igualmente se incluye en esta categoría la cesión a los Ayuntamientos de los suelos que sea necesario destinar a viales, espacios libres, zonas verdes y restantes dotaciones públicas, redes, equipamientos y servicios públicos, conforme al artículo 18.1.a) del texto refundido, así como cualquier otra cesión gratuita prevista en la legislación urbanística en cada caso aplicable.

Aunque la causa y finalidad de la cesión es distinta en cada uno de los supuestos aludidos, en todos ellos se produce el mismo efecto en lo que aquí interesa. En efecto, conforme a los artículos 124.1 y 179.1 del Reglamento de Gestión Urbanística, la cesión legal y gratuita de los suelos ha de tener lugar en pleno dominio y libres de cargas de urbanización, por lo que en este caso se sustituye de hecho la afectación real que, en principio, debería recaer sobre todos los suelos afectados por la actuación mediante su concentración sobre las restantes fincas adjudicadas a los propietarios.

B) Los bienes de dominio público que no participan en el aprovechamiento

Nos referimos en este punto a los bienes demaniales que no participan del aprovechamiento urbanístico previsto para el sector o unidad de ejecución de que se trate de acuerdo con la legislación aplicable⁹, los cuales, cuando su mantenimiento está previsto por el planeamiento, han de permanecer inalterados en el expediente reparcelatorio con el mismo carácter demanial y, por tanto, libres de toda carga de urbanización al no ser susceptible de gravamen alguno en virtud de los principios de inalienabilidad, imprescriptibilidad e inembargabilidad que les atribuye el artículo 132.1 de la Constitución¹⁰.

Por tanto, al igual que en el caso anterior, las fincas de resultado que se correspondan con estos suelos no quedan sujetas a afectación real alguna por razón de la urbanización, lo que produce igualmente la «concentración» de la carga que en otro caso les habría correspondido sobre las restantes fincas resultantes de la reparcelación.

C) Las fincas adjudicadas con carácter fiduciario a las juntas de compensación

La legislación permite que las juntas de compensación sean adjudicatarias de una o varias fincas de resultado con el fin de obtener fondos para el pago de los gastos de urbanización. Esta posibilidad está expresamente prevista en el Reglamento de Gestión Urbanística, cuyo artículo 172.d) incluye entre las determinaciones propias de los proyectos de compensación la expresión de las «Superficies o parcelas que la propia Junta se reserve, en su caso, para enajenarlas directamente, con el fin de sufragar los gastos previstos de la urbanización». En el mismo sentido, el artículo 177.1 siguiente establece que «Para hacer frente a los gastos de urbanización, la junta podrá disponer, mediante su enajenación, de los terrenos que se hubiesen reservado a tal fin en el proyecto de compensación».

A fin de facilitar la comercialización de las fincas adjudicadas a las juntas de compensación con esta finalidad y las posibilidades de financiación de los posibles adquirentes de las mismas, en la práctica estas fincas son frecuentemente liberadas de cargas de urbanización en el propio proyecto de compensación o reparcelación, de tal modo que la afección real se concentra sobre el resto de fincas resultantes adjudicadas a los propietarios, cuyas cuotas de afección se ven de este modo incrementadas.

Esta práctica es comúnmente admitida por los ayuntamientos, incluso en aquellas comunidades autónomas en que no se prevé expresamente la sustitución ni la concentración de la afección real.

Con ello, en los casos en que se acuerde que las fincas adjudicadas a las juntas de compensación queden liberadas en todo o en parte de las cargas de urbanización con la finalidad de invertir el producto de su enajenación en el pago de tales cargas, la afección real o la parte de ella que, en principio, habría de recaer sobre las fincas así adjudicadas pasa a incrementar la responsabilidad de las restantes en la medida correspondiente.

D) La posible incorporación de empresas urbanizadoras

El ordenamiento jurídico urbanístico prevé la posibilidad de incorporación a las juntas de compensación de las empresas urbanizadoras en diversos preceptos, entre los que cabe citar los artículos 122.3, 163.2, 164, 165, 166.f), 167.1.d), 176.4 y 179.2 del Reglamento de Gestión Urbanística y lo mismo sucede en la legislación autonómica, como permite, por ejemplo, el artículo 108.3.b) de la Ley del Suelo de la Comunidad de Madrid.

En esencia, la incorporación a la junta de la empresa urbanizadora implica la asunción por esta última de los gastos de urbanización en la medida en que así se convenga, pudiendo ser esta asunción total o meramente parcial.

En uno y otro caso, cuando la retribución de la empresa urbanizadora consiste en la adjudicación en el proyecto de reparcelación correspondiente de fincas de resultado y según la forma en que resulte articulada la relación entre dicha empresa, los propietarios y la junta, suele ocurrir que las cargas de los propietarios que se someten al acuerdo alcanzado se ven minoradas a medida que se van transmitiendo sus derechos a la empresa urbanizadora (ya se trate de suelo o aprovechamiento) y que, paralelamente, las cargas de la empresa se vayan incrementando en la misma medida. Esta circunstancia puede dar lugar a que el aprovechamiento

de cada propietario y el de la empresa urbanizadora no guarden proporcionalidad con sus respectivas aportaciones o cuotas de participación.

Sobre la base anterior, la asunción por la empresa urbanizadora de la carga que pudiera corresponder a un propietario puede ser total, de tal modo que las fincas o derechos de aprovechamiento que se adjudicaran o transmitieran a aquella absorbiera toda la carga imputable a dicho propietario, el cual recibiría las fincas de resultado que le sean adjudicadas libres de tal carga de urbanización y, por tanto, sin que en el folio registral respectivo se haga constar afectación real urbanística alguna. Esta situación también se produce con frecuencia en la práctica.

E) La posibilidad de pago en especie de los gastos de urbanización

El artículo 127.3 del Reglamento de Gestión Urbanística, relativo a los saldos de la cuenta de liquidación del proyecto de reparcelación con que quedan gravadas las fincas de resultado, establece que tales saldos «podrán compensarse con la cesión de terrenos, previo acuerdo con los interesados, conforme al artículo 122.2 de la Ley del Suelo».

Esta norma, reproducida en general en la legislación autonómica, determina la posibilidad de abono en especie por los propietarios de los gastos de urbanización que les son imputables, es decir, mediante la cesión de bienes o derechos de aprovechamiento a otro propietario a cambio de la asunción por el adquirente de aquellos gastos. La magnitud de esta cesión puede ser tal que el transmitente quede liberado de la obligación legal asumida por el adquirente y, por tanto, puede dar lugar a la liberación de la afectación real en cuanto a las fincas que conserve el cedente.

6. EL PRINCIPIO DE AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD APLICABLE EN MATERIA REPARCELATORIA SEGÚN LA LEGISLACIÓN, LA JURISPRUDENCIA Y LA DOCTRINA

En claro contraste con el principio de equidistribución, que es aplicable, como vimos, a todos los propietarios de fincas afectadas por la actuación urbanística en proporción a sus aportaciones, cuotas o participaciones, la determinación de la proporción en que deben responder las fincas con carácter real del deber de costear la urbanización parece contar con un cierto margen de autonomía, que podría concretarse bien en el proyecto de reparcelación bien en virtud de la voluntad del conjunto de los propietarios o bien en los pactos entre algunos de ellos.

En este sentido, el artículo 167.1.k) del Reglamento de Gestión Urbanística no regula exhaustivamente las «Reglas para la distribución de beneficios y pérdidas», sino que se remite a lo que establezcan los propietarios en las bases de actuación de las juntas de compensación. A la misma idea parece responder el artículo 127.3 del mismo Reglamento, antes referido.

Como manifestación de la posibilidad de alteración voluntaria de la regla general, la Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de julio de 2000¹¹ deja así a salvo los pactos entre propietarios susceptibles de alterar la proporción del reparto de responsabilidad entre las fincas incluidas en la actuación y, por tanto, de la afec-

ción real: «El artículo 126.1 del TRLS que se invoca como infringido establece: En el sistema de compensación, los propietarios aportarán los terrenos de cesión obligatoria, realizarán a su costa la urbanización en los términos y condiciones que se determinen en el Plan o Programa de Actuación Urbanística o en el acuerdo aprobatorio del sistema y se constituyen en Junta de Compensación, salvo que todos los terrenos pertenezcan a un solo titular. Por su parte, las sentencias que en el motivo se citan reconocen que la Administración ha de sufragar los gastos de urbanización en proporción a los terrenos de que sea titular en el polígono o sector urbanizado. Este principio general no obstaculiza el pacto entre los interesados que modifica la proporción legal inicialmente fijada. Quiere decirse con ello que la alternativa que establece el artículo 126 del TRLS, en el sentido de que los propietarios hagan frente a los costes de urbanización en la forma señalada por el Plan o Programa de Actuación Urbanística o como determine la Junta de Compensación, hace igualmente legítimo cualquier pacto, con un contenido distinto del legal, siempre que sea voluntaria y libremente acordado por los miembros de la Junta de Compensación».

Por su parte, la Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de noviembre de 1999¹² se hace eco del principio de autonomía de la voluntad en estos términos: «Siendo incuestionable lo acabado de exponer, y cierta la obligación de la Administración actuante a contribuir en los gastos de urbanización, como propietaria de una parte proporcional del área sujeta a urbanización, no es menos exacto, que toda obligación nacida la ley o norma legal —como en el presente caso—, o de los contratos y cuasi-contratos —artículo 1089 del Código Civil—, puede ser objeto entre los obligados a ella —artículo 1255 del Código Civil— de todo tipo de pactos, cláusulas o condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, la moral, ni al orden público y precisamente el artículo 124 de la Ley del Suelo de 1976, en lógica emanación de lo prescrito en el Código Civil, determina que las obligaciones y cargas de los propietarios del suelo afectados por una actuación urbanística, cualquiera que sea el sistema de actuación, serán objeto de distribución justa entre los mismos, juntamente con los beneficios y cargas del planeamiento, en la forma que libremente convengan. Y ello es precisamente lo ocurrido en estos autos, puesto que al otorgarse la escritura pública de aprobación del proyecto de compensación, otorgada el 10 de diciembre de 1991, se consignó y se asumió por el promotor de la obra, en el apartado quinto, que todos los gastos habidos habían sido abonados por el promotor del Plan Parcial, asumiendo los gastos de urbanización, por lo que no había lugar a establecer en el proyecto de compensación, cuenta de liquidación provisional. Tal cláusula, constituye expresión del principio de libertad de acuerdo entre los copropietarios de una actuación urbanística, para asumir o repartir, libre y voluntariamente, sin perjuicio de terceros, los gastos de urbanización, sancionando genéricamente en los citados preceptos del Código Civil y específicamente en el artículo 124 de la Ley del Suelo».

Por su parte, la Dirección General de los Registros y del Notariado, hoy de Seguridad Jurídica y Fe Pública, parece compartir este criterio. Así, la Resolución de 13 de junio de 2014 contempla entre sus argumentos la hipótesis de que en el caso por ella analizado se hubiera previsto la sustitución de la afección real por otra garantía o incluso su concentración. Tal hipótesis, según el último párrafo del citado fundamento noveno, consiste en «los supuestos en que la obligación

de urbanizar se haya asegurado mediante otro tipo de garantías admitidas por la legislación urbanística actuante, lo que podría producirse en relación con determinadas fincas, y en los casos de aquellos acreedores hipotecarios posteriores cuando la hipoteca sobre ciertas fincas tuviera por finalidad asegurar créditos concedidos para financiar la realización de las obras de urbanización o de edificación, siempre que, en este último caso, la obra de urbanización esté garantizada en su totalidad». Esta resolución se dictó bajo la vigencia de la Ley 16/2005, de 30 de diciembre, Urbanística de la Generalitat Valenciana, hoy derogada, cuyo art. 181, al igual que la Ley del Suelo de la Comunidad de Madrid, no contemplaba expresamente la sustitución, pero daba un paso más que esta al exigir que la afectación recayera sobre «todas» las fincas de resultado en su apartado 5.

Por su parte, la Resolución de 25 de abril de 2016, objeto de este comentario, también considera esta hipótesis en relación con la legislación valenciana vigente en aquel momento y que tampoco preveía expresamente la sustitución ni la concentración. Como se expuso al principio, el caso por ella contemplado consistía en la división de una finca de resultado de un proceso reparcelatorio con asignación de cuotas de afectación real a cada una de las nuevas fincas pero sin intervención municipal en su determinación. En su fundamento 2 admite abiertamente la hipótesis de la sustitución, de mediar tal intervención, al señalar que «Durante el período anterior a la aprobación del proyecto son además frecuentes los pactos compensatorios o la sustitución de garantías, situaciones que se reflejaran o serán tenidas en cuenta para la determinación de la afectación una vez aprobado el proyecto, como resulta del artículo 19.1.b y 19.3 del Real Decreto 1093/1997». Y en su fundamento 5 admite igualmente la posibilidad de concentración, aunque también bajo el control de los Ayuntamientos, cuando afirma que «En conclusión, puesto que la carga urbanística se asigna en función del aprovechamiento atribuido, por lo que su división debe conservar el criterio de proporcionalidad respecto a la finca resultante que no solo se determina en función de la superficie, y dado que, como se ha dicho anteriormente, la afectación no solo garantiza la retribución y beneficio del urbanizador y la garantía legal es de interés público, con importantes privilegios y efectos «erga omnes» desde su inscripción, su alteración debe requerir la intervención del órgano administrativo que tiene legalmente atribuida la dirección y control del procedimiento urbanístico. No hay que olvidar que la ordenación del territorio, tal y como se configura en las normas urbanísticas, está basada en el principio de equidistribución y en consecuencia en el de justa distribución de beneficios y cargas, tal objetivo podría quedar fácilmente estéril si posteriormente los particulares, o éstos y el urbanizador pueden comerciar libremente con dichos porcentajes de distribución sin tener en cuenta las propias limitaciones derivadas del régimen urbanístico de la propiedad del suelo, ya que este el régimen es estatutario y resulta de su vinculación a concretos destinos, en los términos dispuestos por la legislación sobre ordenación territorial y urbanística».

En la doctrina también encontramos un sentir favorable a la admisibilidad de la sustitución y la concentración con independencia de si están o no previstas de manera expresa por la legislación autonómica y siempre sobre la base del control municipal sobre la suficiencia de la garantía que a tal fin se ofrezca.

En este sentido se pronuncia ARNAIZ EGUREN¹³, cuando afirma lo siguiente sobre esta posibilidad: «Está contemplada por el número 3 del artículo 19. Aho-

ra bien, para que el Registrador admita que la finca de resultado quede libre de afección urbanística será necesario que el proyecto especifique expresamente esta circunstancia, con determinación de su causa, es decir, la realización de la obra de urbanización y el pago de los demás gastos del proyecto, o bien, el tipo de garantía sustitutoria. Sin embargo, no parece necesario que tales circunstancias se acrediten si la garantía que sustituye a la afección es una hipoteca constituida a tal efecto y en el propio título hipotecario se menciona esta finalidad, puesto que, en este caso, el cumplimiento de lo dispuesto en el número 3 resulta directamente del Registro.

Por otra parte, se suscita la cuestión de si todas las fincas han de quedar sujetas a la afección o de si cabe la afección de parte de ellas o la concentración de la responsabilidad urbanística en alguna de las de resultado. En cuanto a la primera cuestión no parece existir inconveniente, siempre que respecto de la finca liberada se cumplan los requisitos exigidos por el precepto. En cuanto a la segunda, nos remitimos al comentario posterior sobre el artículo 20, al tratar de la cancelación de la afección».

Por su parte, en el aludido apartado sobre la cancelación de la afección real por sustitución por otra garantía, el mismo autor se manifiesta abiertamente a favor de esta posibilidad al mismo tiempo que pone igualmente el acento en el criterio que adopte la administración urbanística en cuanto a su admisibilidad y a la suficiencia de la garantía sustitutoria, llegando a las siguientes conclusiones: «Se trata de un supuesto no contemplado expresamente en la legislación, pero que de alguna forma puede subsumirse en el supuesto a que se refiere el número 3 del artículo 19 al señalar los casos en los que la afección es innecesaria. Evidentemente, si el Órgano actuante admite una garantía distinta para asegurar la realización de la obra de urbanización, no existiría inconveniente en admitir la cancelación de la afección inscrita. El problema se suscita, en primer término, sobre el tipo de garantía suficiente, y en segundo lugar, en orden a si el Registrador puede calificar el supuesto. Lo lógico es entender que el tipo de garantía es abierto y que no existe posibilidad de que el Registrador califique sus características ni su suficiencia. Otra cosa es que el título por el cual se ordene o solicite la cancelación, es decir, la certificación administrativa del acuerdo reúna los requisitos exigidos por el artículo 2.2 de las Normas Complementarias».

7. CONSIDERACIONES SOBRE LA ADMISIBILIDAD DE LA SUSTITUCIÓN Y CONCENTRACIÓN PESE AL SILENCIO DE GRAN PARTE DE LAS LEYES AUTONÓMICAS

La remisión del artículo 19.3 del real Decreto 1093/1997 a la «legislación urbanística aplicable» puede plantear la duda de si la admisión de la sustitución o concentración de la afección depende de su recepción expresa en la legislación autonómica.

Sin embargo, a nuestro juicio hay argumentos suficientes para contestar negativamente a esta cuestión, que pasamos a exponer.

- a) Puede comprobarse que la formación de los criterios legales, jurisprudenciales y doctrinales recogidos en los apartados anteriores tuvo lugar con

independencia de la circunstancia de existir o no previsión legal expresa de la sustitución y la concreción de la afección real en cada caso.

- b) Por otro lado, ya hemos visto los aspectos subjetivos del principio de equidistribución, aplicable a todos los propietarios afectados por la actuación urbanística pero no a todas y cada una de sus fincas, sin perjuicio de reconocer el carácter de regla general de la distribución de la carga entre ellas de forma proporcional.
- c) Igualmente nos hemos referido a las múltiples manifestaciones legales de supuestos especiales y excepciones a aquella regla general con ruptura del criterio proporcional aludido, así como al principio de autonomía de la voluntad reconocido jurisprudencialmente con abstracción del contenido de la legislación autonómica.
- d) En nuestra opinión, la finalidad de la remisión a la legislación autonómica que hace el artículo 19.3 no es limitar su ámbito de aplicación a aquellas comunidades en que se prevea expresamente la sustitución o la concentración de la afección real. No debe olvidarse que el artículo 19.3 es una norma de carácter adjetivo o registral, aspecto en que las leyes autonómicas no suelen ahondar por motivos competenciales. Así resulta de la simple lectura de la norma, de la que se desprende con toda claridad que tal remisión no se refiere en realidad a la admisión expresa por la legislación autonómica de la sustitución o concentración de la afección real, sino que se refiere a la garantía sustitutoria.
- e) Además, cabría sostener que el artículo 19.3 del RD 97 tampoco exige que la garantía sustitutoria esté expresamente prevista por la legislación aplicable, sino que basta con que tenga cobertura entre las garantías de la ejecución de la urbanización admisibles, aunque sea de forma expresa o implícita.
- f) Por otro lado, la legislación autonómica, al regular el régimen urbanístico del suelo, comprende entre los deberes de los propietarios del suelo susceptible de actuaciones urbanísticas el de costear y, en su caso, ejecutar la totalidad de las obras de urbanización¹⁴. En relación con este deber de sufragar los costes de la urbanización adquiere especial relevancia el régimen aplicable a las garantías legales establecidas para asegurar su cumplimiento, cuyo máximo exponente en materia reparcelatoria es la afección real de las fincas de resultado a su pago, regulada con mayor o menor amplitud en dicha legislación. Sin embargo, no parece que se agoten con la afección real las garantías posibles para el cumplimiento de ese deber y el de los demás que componen el régimen urbanístico del suelo ya que las leyes autonómicas en general no cierran su regulación sino que se remite al criterio de la Administración municipal¹⁵.

La consecuencia lógica y natural de las anteriores premisas consiste en la atribución a los ayuntamientos de plenas competencias en orden a la exigencia y admisión de las garantías que puedan establecerse en cada caso para asegurar el cumplimiento de los deberes urbanísticos y, entre ellos y en lo que aquí interesa, el de costear los gastos de urbanización. La comprobación y legitimación por los ayuntamientos de la sustitución o concentración de la afección tiene lugar en virtud de la aprobación muni-

cial de los documentos de bases y estatutos y proyectos de reparcelación que incluyen tales operaciones¹⁶.

Es en este contexto en el que se entiende que queda cumplida la remisión que hace el artículo 19.3 del Real Decreto 1093/1997 a la legislación urbanística aplicable, la cual en materia reparcelatoria suele regular la afección real en términos que no pueden considerarse exhaustivos en modo alguno y remitirse en este punto al criterio de los ayuntamientos, a los que concede plenas facultades en esta materia.

- g) Finalmente, en la práctica son múltiples los supuestos en que el criterio que mantenemos es acogido por los ayuntamientos pertenecientes a las comunidades autónomas que no regulan las posibilidades de sustitución y concentración de la afección real, como es el caso de la Comunidad de Madrid¹⁷.

8. LIMITACIONES Y CONDICIONANTES LEGALES

A nuestro juicio, la admisibilidad de las operaciones de sustitución y concentración de la afección real se encuentra sujeta a las siguientes limitaciones y condicionantes legales:

A) Remisión a la legislación urbanística aplicable

El condicionante derivado de la remisión a la legislación autonómica que recoge el artículo 19.3 del Real Decreto 1093/1997, cuyo alcance ha de interpretarse en términos flexibles en los términos ya analizados, sin que sea rigurosamente necesario que tales operaciones se encuentren contempladas de manera expresa en aquella legislación.

B) Validación por el ayuntamiento de las operaciones de sustitución o concentración

El principio legal de equidistribución impone varias limitaciones. En primer lugar, nos encontramos con el necesario control de su cumplimiento por parte de la administración actuante como consecuencia de sus funciones de tutela, fiscalización y control de los ayuntamientos. De ahí resulta la necesaria validación de la operación en cada caso por parte del ayuntamiento competente, validación que se haría efectiva mediante la aprobación de los correspondientes instrumentos de ejecución del planeamiento como son las bases de actuación, los estatutos de las juntas de compensación y los proyectos de reparcelación que hagan referencia a tales operaciones.

C) Extensión subjetiva y objetiva del control municipal

Desde el punto de vista subjetivo, el principio de equidistribución es aplicable a todos y cada uno de los propietarios afectados por la actuación, que han de responder de las cargas surgidas del planeamiento en proporción a su respectiva

aportación, en correspondencia con la atribución de los beneficios originados, a todo lo cual se extiende el control municipal. En cambio, desde el punto de vista objetivo, como vimos, no es rigurosamente necesario que todas las fincas de resultado queden afectas con carácter real en proporción a su superficie o aprovechamiento. El control municipal también ha de extenderse a la suficiencia de la garantía, según se expone a continuación.

D) Suficiencia de la garantía del pago de los gastos de urbanización

Otra manifestación del principio legal de equidistribución en relación con las funciones municipales de control consiste la verificación por el ayuntamiento de la suficiencia de las garantías establecidas para asegurar el pago de los gastos de urbanización por los propietarios, para lo que hay que distinguir varios supuestos según la operación de que se trate.

- a) En el caso de la sustitución de la afección real, la suficiencia de la garantía sustitutoria que se ofrezca puede contemplarse desde un doble punto de vista, cualitativo y cuantitativo: (i) desde la perspectiva cualitativa, la garantía admisible, a falta de previsión expresa por la legislación urbanística autonómica, podría revestir cualquier forma admitida en derecho, sea inscribible o no, de carácter personal (preferiblemente se tratará de un aval bancario) o real (como un derecho real de hipoteca, que razonablemente podría recaer sobre cualquier finca, ya fuera interior o exterior al ámbito de actuación), siempre que en cada caso resulte adecuada según el criterio del ayuntamiento; (ii) desde el punto de vista cuantitativo, el importe de la garantía personal o el valor de la finca hipotecada han de ser suficientes para cubrir el montante de la afección sustituida.
- b) En el caso de la concentración de la afección sobre algunas de las fincas de resultado de la reparcelación, cabe entender que el valor de la finca de resultado cuya afección real se incrementa en beneficio de otra u otras que queden total o parcialmente de ella ha de ser suficiente para cubrir la suma de su propia responsabilidad más la suplementaria procedente de la liberación total o parcial de las segundas.

E) El consentimiento de titulares registrales de derechos y cargas

Ya vimos que algunas de las leyes autonómicas que contemplan expresamente la concentración de la afección exigen a tal fin el consentimiento del propietario y de los titulares de derechos y cargas inscritos de las fincas en que se pretenda incrementar la afección.

Se trata de una consecuencia lógica del principio de tracto sucesivo y del requisito de suficiencia de la garantía ya que la afección real urbanística despliega sus efectos frente a todos los titulares aludidos, «incluso aquellos cuyos derechos constasen inscritos en el Registro con anterioridad a la aprobación del proyecto», como establece el primer párrafo del artículo 19 del Real Decreto 1093/1997. Si así no se hiciera, resultaría perjudicada la preferencia de la afección que subyace en

el citado precepto y en la legislación urbanística, por lo que también parece que el juicio de suficiencia por parte del ayuntamiento debería extenderse a este extremo en el momento de la aprobación del proyecto de reparcelación.

Finalmente, y aunque no lo hacen las leyes autonómicas citadas, cabría considerar extensible la misma exigencia también a los supuestos de sustitución de la afectación real por otra garantía inscribible, como es el caso de la hipoteca, por identidad de razón o fundamento.

NOTAS

¹ La distinción se estudia con mayor detenimiento en LANZAS MARTÍN, E.P., Sobre la caducidad y posibilidad de prórroga de la nota marginal de inicio del expediente de equidistribución y de la afectación real de las fincas de resultado al pago de los gastos de urbanización (2014), *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 745, 2630-2642.

² El apartado 3 ha quedado derogado en virtud de la disposición derogatoria única del Real Decreto 1093/1997.

³ El apartado 2 ha quedado derogado en virtud de la disposición derogatoria única del Real Decreto 1093/1997.

⁴ GARCÍA GARCÍA, J.M., *Derecho Inmobiliario Registral o Hipotecario*, Tomo V, Civitas 1999, página 182.

⁵ LASO MARTÍNEZ, J.L., *Afecciones Registrales, Aplicaciones Tributarias y Urbanísticas*, Centro de Estudios del Colegio de Registradores, 2005.

⁶ Cabe citar en este sentido, entre otras muchas, las Sentencias del Tribunal Supremo de 23 de julio de 2015 (RJ 2015, 3789), 21 de julio de 2014 y 15 de julio de 2014 (RJ 2014, 4532), la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 25 de abril de 2016, la Resolución del Departamento de Hacienda y Finanzas de 16 de julio de 2018 y la Resolución de la Dirección General de Tributos de 13 de marzo de 2018 (consulta vinculante V0664-18).

⁷ En la legislación autonómica pueden verse, por ejemplo, los artículos 4.2.d), 18.1.c), 20.2.d), 23.1, 71.2^a), 82.1, 82.2, 86.1 y 115.2 de la Ley 9/2001, del Suelo de la Comunidad de Madrid.

⁸ Pues de lo contrario no sería posible su inscripción registral dado el principio de folio real vigente en nuestro Derecho.

⁹ Pueden verse en este sentido el artículo 190 bis de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, de Patrimonio de las Administraciones Públicas, la Disposición Transitoria Sexta de la Ley del Suelo de la Comunidad de Madrid y el artículo 73 de la Ley 5/1999, de 8 de abril, de Urbanismo de Castilla y León. Esta cuestión es analizada por LANZAS MARTÍN, E.P. en Requisitos para la inscripción en el Registro de la Propiedad de los aprovechamientos generados por bienes demaniales (2015), *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 749, 1681-1693.

¹⁰ Así, la Ley del Suelo de la Comunidad de Madrid establece en su artículo 20.2.b que «Cuando la superficie total de los terrenos con destino o uso públicos y carácter dotacional previamente existentes en la unidad de ejecución sea igual o superior a la que deba resultar de la ejecución del planeamiento urbanístico, se entiende sustituida una por otra, percibiendo la Administración el exceso, si lo hay y en la proporción que corresponda, en terrenos con edificabilidad».

¹¹ RJ2000\6966.

¹² RJ1999\8499.

¹³ ARNAIZ EGUREN, R., *La inscripción registral de actos urbanísticos*, Marcial Pons, Madrid, 1999, págs. 178 y 183.

¹⁴ Es el caso de los artículos 18.2.d) y 21.1 de la Ley del Suelo de la Comunidad de Madrid, relativos, respectivamente, al suelo urbano y al suelo urbanizable sectorizado.

¹⁵ Así, por ejemplo, el artículo 4.1 de la Ley del Suelo de la Comunidad de Madrid establece que «La actividad de garantía de la efectividad del régimen urbanístico del suelo y de su propiedad es una potestad administrativa que corresponde al municipio, salvo en los supuestos en que esta Ley la atribuye expresamente a otra Administración». De este modo, la Ley madrileña atribuye a los ayuntamientos la «potestad de garantía del cumplimiento del régimen urbanístico», la cual comprende según el mismo artículo 4 en su apartado 2, letras c) y d), las facultades de «Asegurar el cumplimiento efectivo y pleno de los deberes legales inherentes a la propiedad del suelo con independencia del régimen de la gestión de la ejecución del planeamiento» y de «Garantizar la efectividad del principio de distribución equitativa de beneficios y cargas derivados de la ordenación urbanística entre los propietarios de suelo».

¹⁶ Este criterio es seguido por la Resolución de 25 de abril de 2016, ya referida.

¹⁷ A modo de ejemplo, entre los numerosos supuestos en que el Ayuntamiento de Madrid ha aprobado los correspondientes documentos de gestión que incluyen la posibilidad de sustitución o concreción de la afección real podemos citar el APE 02.27 «Nuevo Mahou Calderón» (base 16.2 y apartado 5.3 del proyecto de reparcelación), el APR 02.06 «Méndez Álvaro Norte I» (apartado 23 del proyecto de compensación y base VII.3), el UNS 4.01 «Ciudad Aeroportuaria-Parque de Valdebebas» (base 4.6.4), el Sector de Suelo Urbanizable Sectorizado 4.10 «Solana de Valdebebas» (artículos 21 y 24.2.I de los estatutos de la junta y base decimoprimer, apartado 9), el APR 05.27 «Colonia Campamento» (base IX.8 y artículo 10.1.b de los estatutos). Como manifestaciones en otros ayuntamientos de la Comunidad de Madrid cabe destacar el apartado X.7 de las bases de actuación de los Sectores 1 y 2 del AR-2 «Cerro del Baile» de San Sebastián de los Reyes, la base 7.7 del Sector SR-5 «Ensanche-Sur» del Plan General de Brunete, la base X.7 del Sector 7 «La Pellejera» de Brunete o la base 7 del Sector Residencial SR-1 de las Normas Subsidiarias de Ajalvir.