

LOS PATRIMONIOS PÚBLICOS DE SUELO Y EL DERECHO DE SUPERFICIE: ESPECIAL REFERENCIA A LA LEGISLACIÓN AUTONÓMICA CANARIA.

Autor: Francisco Antonio Cholbi Cachá.

Doctor en Derecho y Licenciado en Ciencias Políticas. Secretario e Interventor-Tesorero de categoría superior y Secretario-Interventor.

INDICE

INDICE.....	2
ABREVIATURAS	4
I. Los patrimonios públicos de suelo: especial referencia al patrimonio municipal del suelo.....	5
A. El Patrimonio Municipal del Suelo: evolución histórica.....	5
1. Legislación básica estatal contenida en el TRLS92.	6
2. Consideración de nuestra jurisprudencia sobre los bienes y fondos que integran el patrimonio municipal del suelo, a la luz de regulación básica estatal contenida en el TRLS92. Un caso inaudito: la STSJ de Madrid, de fecha 20-07-2.004.	7
3. Tratamiento presupuestario y contable de los bienes y fondos de los PMS.	11
4. Los Aprovechamientos Urbanísticos.....	11
a) Participación de la Administración en las cargas de urbanización.....	12
b) La sustitución a metálico de los aprovechamientos urbanísticos que corresponden a la Administración: ¿un supuesto excepcional?	13
c) Las transferencias de aprovechamientos urbanísticos. La problemática de su gestión desde la perspectiva práctica.	13
B. Los Patrimonios Públicos de Suelo en la Ley 8/2007, de suelo estatal.....	14
1. Carácter básico de los preceptos y título competencial.....	15
2. Estructura General de la Ley: aspectos fundamentales.	16
3. La regulación en la Ley 8/2007, de los Patrimonios Públicos de Suelo.....	19
C. La regulación de los PMS en la actual normativa autonómica Canaria.	24
1. Obligación de constitución del PPS.	26
2. Registro y control de los bienes del PPS.	26
3. Bienes y recursos que integran el PPS. Naturaleza jurídica.	28
4. Destino de los bienes que integran el PPS.	29
5. Gestión de los PPS.	29
6. Disposición de los bienes del PPS. Enajenaciones, cesiones, etc.	29
7. Reservas de terrenos y su incorporación al proceso urbanizador.	31
8. Consignación de créditos en los Presupuestos Municipales para el PMS.	32
9. Otras determinaciones.	32
D. Los ajustes necesarios a realizar en la normativa autonómica de Canarias....	33
1. Las modificaciones de carácter más general relacionadas con los PPS.	33
2. Modificaciones necesarias en la normativa autonómica en materia de PPS.	34
II. El derecho de superficie.	37
A. Evolución con arreglo a la anterior legislación derogada del Derecho de Superficie.....	37
1. Preceptos de aplicación de la LRSV en relación con el derecho de superficie.	37
2. Regulación plena del derecho de superficie en el derogado TRLS92.....	38
3. Regulación supletoria contenida en el TRLS76.	39
B. Jurisprudencia de interés con arreglo a la legislación anterior.....	39
C. La nueva regulación legal del derecho de superficie en la Ley 8/2007.....	41

D.	Principales novedades de la normativa actual expuesta respecto de la anterior.	44
E.	Regulación en la normativa autonómica Canaria respecto del derecho de superficie.	45
III.	Los convenios urbanísticos.	45
A.	Aspectos generales de los convenios urbanísticos.	45
B.	El contenido de los convenios urbanísticos.	46
C.	La problemática del tratamiento legal de las mejoras ofrecidas en los convenios urbanísticos por el urbanizador.	47
D.	Regulación de los convenios urbanísticos en la CC.AA Canaria por su normativa autonómica.	48

ABREVIATURAS

Art/s.	Artículo/s.
CC.AA	Comunidad Autónoma.
C.E	Constitución Española de 27 de diciembre de 1.978.
DLOTCanarias	Decreto Legislativo 1/2.000., de 8 de mayo, que aprueba el Texto Refundido de las Leyes de ordenación del Territorio y de Espacios Naturales de Canarias.
LH	Ley Hipotecaria, de 8 de febrero de 1.946.
LOUAndalucía	Ley 7/2.002, de 17 de diciembre, de Ordenación Urbanística de Andalucía.
LRJPA	Ley 30/1.992, de 26 de noviembre, de régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, modificada por Ley 4/1.999, de 13 de enero.
LRSV	Ley 6/1.998, de 13 de abril, sobre Régimen del Suelo y Valoraciones.
LSMadrid	Ley 9/2.001, de 17 de julio, del Suelo de la Comunidad de Madrid.
LS2007	Ley 8/2007, de Suelo, estatal.
LUV	Ley 16/2.005, de 30 de diciembre, de la Generalitat Urbanística Valenciana.
PPS	Patrimonios Públicos de Suelo.
TRLRHL	Real Decreto Legislativo 2/2.004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales.
TRLS76	Texto Refundido de la Ley del Suelo, aprobado por Real Decreto 1846/1.976, de 9 de abril.
TRLS92	Texto Refundido de la Ley del Suelo, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1.992, de 26 de junio.
SS.	Siguientes.
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional.
STS	Sentencia del Tribunal Supremo.

I. Los patrimonios públicos de suelo: especial referencia al patrimonio municipal del suelo.

Vamos a analizar brevemente, el contenido esencial de la institución de los Patrimonios Públicos de Suelo, con especial referencia al Patrimonio Municipal del Suelo, teniendo en cuenta el contenido de las bases sentadas por el legislador estatal, en el marco de sus competencias exclusivas para fijar las bases o la regulación plena de dicha institución, desde la perspectiva de la normativa autonómica de aplicación en la Comunidad Autónoma Canaria.

Para ello, analizaremos para una adecuada comprensión de la actual regulación, la evolución histórica llevada a cabo desde la Ley del Suelo de 1956 hasta nuestros días, con especial hincapié en la vigente, hasta escasos meses, regulación contenida en el TRLS92, que ha sido objeto de derogación por la Ley 8/2007, de Suelo estatal. Analizaremos la institución no sólo desde la perspectiva de los bienes sino también de los fondos en metálico que conforman los patrimonios públicos de suelo para conocer la situación actual a la que nos enfrentamos, todo ello aderezado desde la regulación autonómica que la desarrolla y los ajustes que, en su caso, se deban realizar en la misma.

A. El Patrimonio Municipal del Suelo: evolución histórica.

Institución creada hace muchos años con la Ley del Suelo de 12 de mayo de 1.956, con parecida finalidad a su actual regulación, debemos comenzar por afirmar el no haber alcanzado los logros para la que fue creada. Este comentario no se realiza con ninguna carga de negatividad, sino simplemente se trata de exponer, al lector de estas líneas, una realidad para que no se vea frustrado, y mucho menos, obsesionado con la regulación legal de esta figura.

En este sentido, vamos a abordar su estudio desde una perspectiva legal, para analizar una serie de consideraciones de índole más práctico o cotidiano, alrededor de la normativa estatal y autonómica que rodea dicha institución, evidentemente.

Para comenzar, sin ánimo de perder excesivo tiempo en la evolución histórica, señalar la supervivencia de determinados preceptos de carácter básico del TRLS92, que posteriormente analizaremos, y del contenido del art. 40.3 de la LRSV, única referencia hecha por esta última disposición estatal a los PMS, en el sentido de declarar la necesidad de reversión de todos aquellos terrenos expropiados para la formación o ampliación del PMS, si como consecuencia de una modificación de planeamiento o una revisión de éste, se alterasen los usos, intensidades o aprovechamientos que supusieran incremento de valor en dichos terrenos expropiados. Regulación de carácter básico que ha sido derogada por la disposición derogatoria única de la Ley 8/2007, de suelo estatal, con entrada en vigor el 01-07-2007.

Más allá de esta referencia, la regulación legal la encontraremos en los preceptos de dicha Ley 8/2007 y en el contenido de las normativas autonómicas urbanísticas dictadas por cada CC.AA, pero analizando previamente el régimen del derogado TRLS92 para

poder poner de manifiesto las contradicciones existentes entre dicha regulación, supuestamente básica estatal con la normativa promulgada por varias Comunidades Autónomas. Todo ello nos servirá, sin duda, para poder comprender el contenido de la actual regulación estatal sobre la materia que nos ocupa y el contenido de la normativa autonómica de aplicación, así como los ajustes que en dicha normativa, dependiendo de la regulación existente en cada Comunidad Autónoma, haya que realizar.

1. Legislación básica estatal contenida en el TRLS92.

La vigencia hasta hace escasos meses de los arts. 276 y 280.1 del TRLS92, de carácter básico, deberían haber sido respetados por todas las legislaciones urbanísticas autonómicas, cosa que no sucedió con algunas de ellas, como decía anteriormente.

El art. 280.1 se refería al destino de los bienes de los PMS, una vez incorporados al proceso de urbanización y edificación, debiendo destinarse a la construcción de viviendas sujetas a algún régimen de protección pública o, a otros usos de interés social. Por su parte, el art. 276.1 regulaba la obligación de los Ayuntamientos que dispongan de planeamiento general de constituir su respectivo PMS, con la finalidad de regular el mercado de terrenos, obtener reservas de suelo para actuaciones de iniciativa pública y facilitar la ejecución del planeamiento.

En este sentido señalar que planeamiento general, entiendo que no es sólo Plan General, sino Normas Subsidiarias o Complementarias de Planeamiento. Solamente quedarían exceptuados de esta obligación legal los municipios que contasen, tan sólo, con un proyecto de delimitación de suelo urbano.

Nos estamos refiriendo, además, a los bienes que integraban los PMS, generalmente, terrenos, con alguna excepción. Por ello, el destino que debían cumplir estas finalidades son los terrenos que integraban los PMS. Por tanto, los bienes que integraban los PMS formaban un patrimonio separado e independiente, y **los ingresos obtenidos mediante enajenación de terrenos o sustitución del aprovechamiento urbanístico que le corresponde a la Administración por su equivalente en metálico se debían destinar, obligatoriamente, a la conservación y ampliación del mismo**¹.

En definitiva, no se debía confundir, cosa por desgracia habitual con el correr de los tiempos, entre la finalidad y destino de los bienes que integran los PMS (destinados a la construcción de VPO u otros usos de interés social, determinados dichos usos, expresamente, por varias legislaciones urbanísticas autonómicas), con el destino de los fondos líquidos por enajenación de bienes que integran el PMS o la sustitución a metálico de los aprovechamientos urbanísticos que debían integrarse en dicho patrimonio. En este último caso, no quedaba el más mínimo margen para la duda de que la legislación básica obligaba a destinar dichos fondos a la conservación o ampliación

¹ Se podrían citar multitud de sentencias del Tribunal Supremo y de los Tribunales Superiores de Justicia, la última que cae en mis manos, la STSJ de Castilla-La Mancha (La Ley Juris 2025922/2005), anulando el acuerdo por el que se aprueba un presupuesto municipal por incumplimiento de la obligación de afectar los ingresos procedentes del 10% del aprovechamiento urbanístico, a cumplir con la finalidad de conservar y ampliar el PMS, reconociendo que sí se cumplió con la obligación de destinar el 5% de la cantidad prevista para inversiones a engrosar los bienes del PMS, tal y como exige la normativa autonómica de aplicación.

de dichos bienes, pero no para destinarlo a realizar otras actividades o inversiones, aunque fuesen de interés general, ni siquiera para financiar la construcción de VPO u otras obras de interés social. Tenían los fondos, por tanto, un destino específico en la legislación básica estatal derogada por la Ley 8/2007: retroalimentar, salvo los casos de fondos destinados a cubrir los gastos de conservación o mantenimiento de dichos PMS, al propio PMS.

El legislador lo que pretendió en su día era crear un instrumento financiador de adquisición de terrenos para destinarlos a viviendas de protección oficial y otros usos que pudieran ser de interés social. Se trataba, por tanto, de crear un mercado de terrenos y solares con los que poder llevar a cabo las iniciativas públicas correspondientes, pero dichas iniciativas tienen que venir financiadas de la mano de las consiguientes ayudas públicas (en términos de financiación de gastos).

Además, lo normal y aconsejable era que los usos de interés social, al igual, evidentemente, que la previsión de viviendas sujetas a algún régimen de protección pública se encuentren determinados en el instrumento de planeamiento general², para incardinar adecuadamente el desarrollo del proceso de urbanización y edificación al que se deben incorporar estos bienes con el cumplimiento de su finalidad.

2. *Consideración de nuestra jurisprudencia sobre los bienes y fondos que integran el patrimonio municipal del suelo, a la luz de regulación básica estatal contenida en el TRLS92. Un caso inaudito: la STSJ de Madrid, de fecha 20-07-2.004, entre otras.*

Las STS de 2-11-1.995 y 2-11-2.001, entre otras, dejan totalmente claro la necesidad de cumplimiento del destino de los bienes y de los fondos procedentes de los PMS. Respecto a los bienes, en desarrollo del planeamiento, se les debe utilizar para el cumplimiento de las finalidades de la institución, anteriormente vista. Construcción de VPO u otros fines de interés social, en los términos que se desarrolle (añado yo) el precepto básico por las regulaciones urbanísticas autonómicas. Los fondos, sin embargo tenían otro destino diferente a la luz del precitado art. 276.2 del derogado TRLS92.

De mayor interés me parece aún la STS de 25-10-2.001 (Arz. 9408/2001), con una fundamentación idéntica a las sentencias arriba señaladas, introduce con mayor claridad, si cabe, la delimitación del destino de los fondos obtenidos en las enajenaciones de bienes procedentes del PMS en cuanto a sus posibilidades de reinversión. El fundamento jurídico séptimo después de repetir lo dicho en la sentencia de 2-11-1.995 y posteriores añade lo siguiente:

“...El PMS está constituido por terrenos (artículo 276-2 del TRLS92) y no por equipamientos ni viviendas, y por ello no pueden alegarse (según hace la Corporación demandada) como ejemplo de reinversión del producto de las enajenaciones la construcción de polideportivos o el soterramiento de trenes o la construcción de pasos inferiores o de muros de trenes o los gastos de inundaciones o las compras de viviendas; todas ellas son finalidades urbanísticas, loables y de indudable interés público, pero que no contribuyen a

² Estando de acuerdo en esta conclusión (no en el resto) del trabajo realizado por **Fernando García Rubio**, sobre “El Papel de los Patrimonios Públicos y el Control de su Enajenación”, aparecido en la Revista Urbanística Práctica nº 44, correspondiente al mes de diciembre de 2.005

aumentar ni a conservar el PMS, tal como exige el artículo 276-2 del TRLS92. Este precepto no puede confundirse ni mezclarse con el 280-1: una cosa es que los bienes del PMS una vez incorporados al proceso de urbanización y edificación hayan de ser destinados a la construcción de viviendas protegidas o a otros usos de interés social de acuerdo con el planeamiento y otra distinta es que, si se enajenan, el producto haya de reinvertirse en el propio PMS, y no en otras finalidades...”.

Una de las últimas sentencias que se puede citar, en este mismo sentido, es la STS de 7-11-2005 (La Ley Juris 10210/2006), ratificando la STSJ de Valencia de 2-09-2002, cuya fundamentación -de ambas sentencias- señalaban la imposibilidad de enajenar bienes del PMS para adquirir un cuartel y construir un edificio destinado al Servicio Municipal de Hacienda por el Ayuntamiento de Alicante, por incumplimiento de la obligación de reinvertir en dicho patrimonio el producto de la enajenación de los bienes que lo integran.

En definitiva, queda absolutamente claro que, a tenor de la derogada legislación básica configurada por el TRLS92, los fondos procedentes de la enajenación de bienes del PMS o el equivalente de la sustitución a metálico de los aprovechamientos urbanísticos que deben integrar el mismo, deben invertirse en la conservación o ampliación de bienes de los PMS. No importa tanto el concepto presupuestario a que se destinen como el cumplimiento de la finalidad legal para el que son concebidos, en aplicación “*estricto sensu*” de la legislación básica estatal, configurada por el art. 276.2 del TRLS92, tantas veces comentado. Esto significaba que los fondos que se adquirirían como consecuencia de la redención a metálico de las cesiones por aprovechamientos urbanísticos susceptibles de apropiación por la Administración -que más tarde comentaremos con brevedad-, así como las enajenaciones de bienes integrantes del PMS se debían invertir en la conservación -como puede uno imaginarse pequeña cantidad de dichos fondos- y, sobre todo, en la ampliación -adquisición- de los bienes que integraban dichos PMS.

Dicho con otras palabras, la sustitución de fondos por bienes, en los supuestos de cesiones obligatorias a favor de la Administración se debían invertir en adquirir nuevos bienes, es decir, cambiar unos bienes por otros. Y en los casos de enajenación de bienes, se enajenan unos para adquirir otros bienes, pero todos ellos afectos a la misma finalidad, lo que de facto se incumplía de forma sistemática al confundir bienes con fondos o derechos, y estos últimos no cumplir con la finalidad para la que se han creado los Patrimonios Públicos de Suelo. Todo ello hacía que el Tribunal Supremo de forma sistemática anulase los acuerdos de las Corporaciones Locales -en términos de PMS- que destinaban dichos fondos a la realización de inversiones u otros gastos de carácter general y social por incumplimiento de destino específico a que estaban afectos tantos los bienes como los fondos procedentes de cesiones u otros actos que debían formar parte del patrimonio separado e independiente que constituyen los PMS.

Por esta razón, el Tribunal Supremo de forma sistemática anulaba, también, los acuerdos de permuta que incumplían las obligaciones dimanantes de los bienes que se integraban en los PMS. La técnica era sencilla, por la vía de la permuta justificando la necesidad de permutar un bien -que se integraba dentro del PMS- por otro bien, este último no cumplía el destino *estricto sensu* a que venía obligado según la legislación

básica estatal, por muy loable que fuera la finalidad a la que la Corporación Local de turno deseaba destinar el bien.

En este sentido, podemos citar la STS de 31-10-2.001 (Arz. 8391/2001) que ratifica la dictada por el TSJ del País Vasco, en relación con la anulación de un Convenio por el que un Ayuntamiento permuta un bien integrante del Patrimonio Municipal del Suelo a cambio de dos parcelas sin respetar el destino prescrito en el art. 280.1 del TRLS92 (construcción de viviendas de protección oficial u otros usos de interés social), ni tampoco el procedimiento de enajenación mediante la subasta pública como consecuencia de la inclusión en el convenio de cláusulas de adquisición preferente por la sociedad mercantil permutante en el caso de enajenación por el Ayuntamiento de las parcelas permutadas.

Se hace necesario formular estas consideraciones para poder, en cierta medida, comprender la nueva regulación contenida en la Ley 8/2007, de suelo estatal, y la motivación de la misma, debido, entre otras razones, a las fuertes tensiones que se generaban desde las Corporaciones Locales, escasas de medios económicos y financieros con los que hacer frente al cumplimiento de sus diversas competencias e inversiones, de no poder utilizar determinadas fuentes de financiación que tampoco, de facto, se destinaban al cumplimiento legítimo de su finalidad, por lo que resultaban convertirse en tierras y, no digamos nada, respecto de los fondos en metálico, yermas que hacían que la institución se convirtiese (aunque esto dependía también de cada caso concreto) en una auténtica paradoja: no se tenía dinero, pero el que se tenía no se utilizaba.

Ahora bien, dicho lo anterior, y sin perjuicio de las distintas opiniones existentes sobre el particular -las cuáles oscilaban desde las más puristas o rigoristas como la de Serrano Valiente, a las más laxas como Lorente Tallada-, lo que no se podía obviar, en mi modesta opinión, tal y como ponía de manifiesto de forma sistemática el propio Tribunal Supremo, una vez tras otra, es la regulación básica estatal existente sobre la materia a la que el legislador autonómico podía desarrollar pero no ignorar cuando no contradecir, debiendo dar lugar al a inaplicación de la norma autonómica que desconociera la norma básica estatal, cosa que por desgracia no sucedía en todas las ocasiones. No digamos nada, cuando fueran los propios tribunales de justicia -me estoy refiriendo a los TSJ del país, intérpretes del derecho autonómico correspondiente- los que desconocieran la normativa básica estatal, como sucedió con el TSJ de Madrid.

Un caso incomprensible, en mi modesta opinión, venía configurado por la STSJ de Madrid de 20-07-2.004. Dicha sentencia estableció la prevalencia de la legislación autonómica sobre la básica estatal, al quedar desplazada ésta, a pesar del carácter básico de los preceptos que, según entiende, el tribunal, desplaza la legislación autonómica.

En la argumentación de una sentencia, un tanto farragosa, comienza el tribunal por llevar a cabo un análisis de la legislación de aplicación y los preceptos supletorios del TRLS76 que recobraron vigencia por mor de la STC de 20-03-1.997, que declaró inconstitucionales todos aquellos preceptos de carácter supletorio del TRLS92, entre otros. Afirmando, ante la promulgación de la LSMadrid, el legítimo ejercicio de la competencia por el legislador autonómico madrileño, llega a la conclusión de la aplicación de esta normativa sobre cualquier otra normativa estatal, con evidente olvido de los preceptos de naturaleza básica que debe respetar cualquier CC.AA, en

cumplimiento del reparto competencial llevado a cabo en los arts. 148 y 149 de nuestra Constitución Española de 1.978.

Al quedar desplazada la legislación básica estatal, se centra el tribunal en el análisis e interpretación de los preceptos de la LSMadrid, concretamente, en lo referido a la regulación que de los PMS lleva a cabo la misma. En dicha normativa se permite un destino muy amplio de los bienes a otras finalidades distintas a las expuestas y, lo que es mucho más censurable, se realiza una confusión entre bienes y derechos (los ingresos en metálico que se obtengan como consecuencia de la redención a metálico de los aprovechamientos urbanísticos o las enajenaciones de bienes integrantes del PMS).

Ello le permite afirmar la posibilidad de destinar, tanto los bienes como los ingresos que provengan de la enajenación de aquéllos o la conversión en metálico de bienes que debieran integrar los mismos, a una serie de inversiones permitidas por la normativa urbanística autonómica que exceden, con mucho, el límite establecido en la normativa básica estatal, lindando con un cierto disparate jurídico.

Ahora bien, no ha sido el único Tribunal Superior de Justicia que ha ignorado o reinterpretado, en cierta medida, la entonces vigente a la sazón, normativa básica estatal -ahora derogada por la Ley 8/2007-. La STSJ de Castilla-La Mancha de 10-07-2006 (La Ley Juris 235907/2006), en relación con un acuerdo del Ayuntamiento de Cuenca que volvía a poner de manifiesto sobre la necesidad o no de reinvertir en la conservación o ampliación de bienes del PMS, la enajenación de bienes procedentes del mismo o de los aprovechamientos urbanísticos que deben integrar éste. Sin embargo, el TSJ, al igual que el Juzgado de lo contencioso-administrativo, articulan, con fundamento en la legislación autonómica castellano-manchega, una interpretación de ampliación de fines no sólo de los bienes sino también de los derechos o fondos, vulnerando o desconociendo, cuando menos, el art. 276.2 del TRLS92.

Queda claro, por fin, cual es el panorama al que se enfrentaba el legislador estatal en relación con la figura o la institución de los PMS, especialmente respecto a los fondos o derechos en metálico, teniendo en cuenta no sólo las interpretaciones del Tribunal Supremo, sino las nuevas "*interpretaciones*" que se estaban abriendo paso en distintos TSJ del País, amén de las fuertes presiones que los Alcaldes desde la Administración Local hacían a las Comunidades Autónomas -algunas de las cuáles ya habían calado en la normativa autonómica flexibilizando la institución de los PMS en detrimento de la normativa básica estatal ahora derogada- cuando no éstas mismas, en el legislador estatal que, además, se había dado cuenta de que la finalidad de los PMS nunca se había visto cumplida, ni tan siquiera en una mínima parte.

Todo ello ha hecho, como veremos un poco más tarde, que el legislador estatal en la Ley 8/2007, haya optado por un nuevo modelo que abandone el modelo tradicional que desde la Ley del Suelo de 1956 se mantenía, prácticamente, invariable y que no había y no ha dado sus frutos, para intentar otro modelo que flexibilice la institución de los PPS -como vamos a intentar poner de manifiesto- intentando cumplir con la legítima e ineludible obligación de los poderes públicos -debidamente constitucionalizada en el art. 47 de la CE- de proporcionar a sus ciudadanos una vivienda digna y adecuada, fomentando las técnicas que sean necesarias para que dichos ciudadanos tengan acceso verdadero a ese derecho constitucional a través de las reservas que en el planeamiento se establezcan.

3. Tratamiento presupuestario y contable de los bienes y fondos de los PMS.

Respecto de la contabilización de los bienes, deben figurar como patrimonio separado en el inventario de bienes y destinarse para la finalidad que han sido creados, como ya ha quedado expuesto con anterioridad.

Los fondos en metálico deben destinarse a gastos para la conservación y ampliación de los PMS. Es en este último supuesto cuando es posible su contabilización de diversas maneras: a/ en ingresos pendientes de aplicación hasta que tengo formalizados o determinado, para ser más exactos, los gastos a que voy a destinar la financiación, b/ la creación de proyectos de gastos con cada ingreso, y c/ su contabilización en un concepto no presupuestario.

Si el gasto está determinado, o cuando lo esté, se creará el correspondiente proyecto de gasto con financiación afectada, hasta ese momento no parece coherente, con nuestro actual sistema contable, proceder a contabilizar cada ingreso en un proyecto de gasto. Por ello, me parece más operativo, aunque no guste demasiado la idea, desde un punto de vista purista, la creación de un concepto no presupuestario, con todo tipo de garantías (informe previo de la intervención municipal sobre el cumplimiento del destino de estos fondos, ante cada disposición de esta naturaleza que se vaya a realizar, y posterior acuerdo del pleno del Ayuntamiento autorizando dicha salida).

La cuestión operativa o formal, pero no por ello menos importante, de cómo formalizar los ingresos y “casarlos” adecuadamente con los gastos se seguirá produciendo, con independencia del destino de los bienes y fondos, a tenor de la nueva regulación contenida en la Ley 8/2007, de suelo estatal, y de lo dispuesto por cada normativa autonómica en el ejercicio de sus legítimas y respectivas competencias.

4. Los Aprovechamientos Urbanísticos.

En este apartado, teniendo en cuenta la normativa autonómica de aplicación, nos interesa formular una serie de cuestiones relacionadas con el tema que nos ocupa: concretamente, mencionar las cesiones obligatorias del aprovechamiento urbanístico susceptible de apropiación al que tienen derecho los particulares interesados, de los terrenos de que sean propietarios a la hora de llevar a cabo cualquier proceso urbanizador con el que dotar de la condición de solar a dichos terrenos.

Sobre este particular, el porcentaje de aprovechamiento correspondiente a los propietarios (aprovechamiento subjetivo) se sitúa en el 90% del aprovechamiento tipo del sector, correspondiendo el 10% restante a la Administración. Este porcentaje de cesión del 10%, así como los excesos de aprovechamientos urbanísticos que pretendan materializar los propietarios de solares, deben destinarse a la finalidad contemplada en la normativa autonómica de aplicación. En el caso de la CC.AA Canaria, debemos entender que deben integrarse dentro de los bienes y derechos o recursos que integran los PMS, de conformidad con lo dispuesto en el art. 74.3 de DLOTCanarias, que más tarde estudiaremos de forma exhaustiva.

Las obligaciones de los propietarios de realizar estas cesiones venían de la mano de los derogados arts. 14.2 y 18.4 de la LRSV, respecto a los deberes de cesión para los propietarios de suelo urbano sin consolidar y suelo urbanizable, recogidos en los arts. 71.1 a/, 71.1 c/ y 72.2c/ del DLOTCanarias. Ahora bien, con la nueva regulación contenida en la Ley 8/2007, de suelo estatal, y sus dos únicas situaciones de suelo: rural o urbanizado, y en los términos en que está redactado el art. 12 de la Ley, salvo el suelo urbano consolidado en términos de la Ley básica estatal que no coincide exactamente con el contenido de las normativas autonómicas -lo que supondrá el necesario ajuste de dichas normativas a la norma básica estatal- cualquier actuación urbanizadora que se lleve a efecto para realizar la correspondiente transformación urbanística de suelo rural en suelo urbanizado, comportará el entregar a la Administración competente, y con destino a patrimonio público de suelo, el suelo libre de cargas de urbanización correspondiente al porcentaje de la edificabilidad media ponderada de la actuación, en los términos que se fijan en la legislación autonómica reguladora de la ordenación territorial y urbanística, dentro de los límites establecidos por la legislación estatal (concretamente, por el art. 16.1 b/ de la Ley 8/2007).

La legislación básica deja para el desarrollo por la normativa autonómica, por tanto, la determinación del porcentaje concreto de cesión, en un arco que oscila entre el 5% y el 15%, en función de lo que determine aquélla. Dicho arco podrá aumentarse o disminuirse hasta el 0% o 20%, respectivamente, en función de los casos debidamente motivados contemplados en la legislación sobre ordenación territorial y urbanística autonómica. En lo que aquí nos interesa, al incrementarse con total seguridad los porcentajes de cesión a la Administración (todas las CC.AA sin excepción harán uso de la habilitación legal permitida por el legislador básico estatal), los bienes y derechos que pasarán a engrosar el patrimonio municipal de suelo se verán fuertemente incrementados.

a) Participación de la Administración en las cargas de urbanización.

Hasta ahora, en la derogada regulación contenida en la LRSV, se establecía que sería la legislación autonómica la que establecería si la Administración estaría sujeta o no a hacerse cargo de los costes de urbanización por la cesión de terrenos a que tenía derecho. Dicho con otras palabras, era decisión del legislador autonómico, en cada CC.AA, que se establecieran los porcentajes de cesión libre o no de cargas de urbanización.

Como hemos comentado en el apartado precedente, la propia Ley 8/2007, en su art. 16.1 b/ establece que el porcentaje de cesión susceptible de apropiación por la Administración, en función del porcentaje que haya fijado la normativa autonómica sobre ordenación territorial y urbanística, dentro del arco permitido por el legislador básico estatal, lo será libre de cargas de urbanización, lo que supondrá, con acierto en mi modesta opinión, un tratamiento igualitario para todos los ciudadanos en cualquier parte del territorio estatal, quedando a la decisión del legislador autonómico la fijación del porcentaje de cesión a la Administración para cada CC.AA.

Esto supone, como apuntaba también en el apartado anterior, que los porcentajes de cesión a la Administración se verán fuertemente incrementados, dado que ampliar el porcentaje -en función de la decisión final que adopte el legislador autonómico- en un

50% más respecto del porcentaje máximo de cesión permitido por la legislación anterior y, además, libre de cargas, supone de facto duplicar la cesión que hasta el momento vigente venían satisfaciendo los propietarios que se enfrentan a cualquier tipo de actuación de transformación urbanística o urbanizadora.

En el ámbito de la CC.AA Canaria la cesión a la Administración del porcentaje de participación de la comunidad en las plusvalías se realizaba en parcelas urbanizadas, debiendo entender que eran libres de cargas de urbanización, pero en otras CC.AA la Administración sufragaba los costes de urbanización como un particular más (ejemplo contenido en la legislación valenciana y en otras que se podrían citar).

b) La sustitución a metálico de los aprovechamientos urbanísticos que corresponden a la Administración: ¿un supuesto excepcional?

Ya hemos comentado la forma de operar en estos casos, es decir, la necesidad de reinvertir los fondos en metálico en la conservación o ampliación de los PMS. Añadir una cuestión, la excepcionalidad, en mi opinión, de esta fórmula de redención a metálico de los aprovechamientos urbanísticos, sin que de forma sistemática se pueda proceder a dicha monetarización, que, como regla general, tiene que ser en terrenos con el objetivo de cumplir la finalidad legal que se les asigna a los PMS. No obstante, esto dependerá del contenido de la normativa autonómica que deberá establecer en qué supuestos y condiciones procede al redención a metálico de las cesiones por aprovechamientos urbanísticos.

El problema radica en que multitud de normativas autonómicas no establecen regulación alguna sobre el particular, ni en uno ni en otro sentido, lo que permite de facto que se redima a metálico por sistema los aprovechamientos urbanísticos susceptibles de apropiación por la Administración. Al menos en la normativa autonómica Canaria (cosa que por desgracia no sucede en otras Comunidades Autónomas, aunque el tema de las valoraciones siempre ha sido, es y será muy subjetivo) establece que la redención a metálico lo será por una cantidad que, en ningún caso, será inferior al valor de mercado -arts. 71.3 c/ y 72.2 c/ del DLOTCanarias.

c) Las transferencias de aprovechamientos urbanísticos. La problemática de su gestión desde la perspectiva práctica.

Supuesto realmente complicado no por la definición de la institución legalmente contemplada, sino por la dificultad de su gestión. Las transferencias de aprovechamientos tienen sentido, desde el momento en que a cada propietario le corresponde un determinado aprovechamiento subjetivo, un porcentaje respecto del aprovechamiento tipo de la unidad o sector, en función de la delimitación que se haya practicado, y el plan atribuye a cada parcela o solar un determinado aprovechamiento objetivo.

Las diferencias entre ambas magnitudes, aprovechamiento subjetivo o lucrativo de legítima apropiación por el propietario, respecto del aprovechamiento objetivo atribuido por el plan a su parcela o solar, dará lugar a un exceso o defecto de aprovechamiento. Ello generará la necesidad de “pagar” a la Administración en los supuestos en que

exista un exceso de aprovechamiento, así como la necesidad de que ésta compense a los propietarios que tengan un defecto de aprovechamiento urbanístico en su parcela o solar.

El problema nace con esta institución urbanística que desde un punto de vista teórico es fácilmente entendible, pero complicada en cuanto a la forma de gestionar los ingresos que se produzcan como consecuencia de la existencia de excesos de aprovechamientos, así como la forma de materializar la compensación para los supuestos contrarios, es decir, los casos en que propietarios, como consecuencia del Plan, ven disminuidos su aprovechamiento subjetivo (los casos de defectos de aprovechamientos), amén de los supuestos de utilización de dichos excesos de aprovechamiento en la realización de dotaciones públicas, cuando así viene permitido por la legislación sobre ordenación territorial y urbanística de la respectiva Comunidad Autónoma.

Su funcionamiento ideal sería la compensación entre propietarios que se pagarían mutuamente, es decir, aquellos propietarios que poseen un mayor aprovechamiento objetivo que les atribuye el Plan, deberían compensar a los que se les ha atribuido por el planeamiento un aprovechamiento menor. Para ello se crean los registros de aprovechamientos, pero esta consideración jurídico-teórica es más una declaración de intenciones que una realidad. En la práctica, normalmente, lo que sucede es el pago en metálico a la Administración urbanística actuante para que sea ésta la que se encargue de proceder a llevar a cabo el mecanismo de compensación.

Por las razones antedichas, el problema se centra en la forma contable de articular la gestión de estos ingresos, cuando sean en metálico, o en los supuestos de que se materialicen en terrenos. No es nada fácil la respuesta a esta pregunta, que en más de una ocasión me han formulado. Dado el carácter extraordinario de estos ingresos que poseen una afección específica, me inclino por un seguimiento extrapresupuestario, a modo y semejanza a lo comentado para la monetarización del aprovechamiento urbanístico correspondiente a la Administración, dado que, en principio su destino está afectado al cumplimiento de la misma finalidad (art. 74.3 b/ del DLOTCanarias).

Habría que estar al contenido de la normativa autonómica sobre esta posibilidad de transferencias de aprovechamiento, caso contrario deberá ser la Administración encargada de la gestión de esos fondos, la que deberá cumplir con el destino impuesto por dicha normativa autonómica y afrontar las distintas situaciones que se puedan dar. Recordar que esta institución creada por el TRLS92, con carácter supletorio, fue dejada sin efecto por la STC nº 61 de 20-03-1997, y por ende, necesita de un acogimiento legal para poder ser puesta en práctica, es decir, requiere de norma legal que la configure, caso contrario entiendo que no será posible su utilización, al margen de la consideración de poder articularla a través del instrumento de planeamiento general correspondiente.

B. Los Patrimonios Públicos de Suelo en la Ley 8/2007, de suelo estatal.

La nueva ley del Suelo estatal -Ley 8/2007- publicada en el BOE el 29 de mayo de 2007, al día siguiente de su promulgación (el 28 de mayo), y con entrada en vigor el 1 de julio del mismo año -disposición final cuarta-, va a suponer un nuevo marco o filosofía de actuación en materia de ordenación territorial y urbanística, sobre todo en lo relativo al suelo, como su propio nombre indica. Y digo que supondrá un cambio en la

filosofía de actuación en materia de ordenación territorial y urbanística (siendo competencias de las CC.AA) debido a la nueva regulación que en la tipología de suelo lleva a cabo el legislador básico estatal que va a suponer, sin duda, una modificación en las normativas autonómicas.

De la misma forma, la variación en los porcentajes de cesión obligatoria y gratuita y libre de costes a favor de la Administración conllevará una nueva mentalidad a la hora de gestionar y ejecutar el planeamiento. Máxime cuando el porcentaje reservado a vivienda protegida en toda actuación de transformación urbanística en suelo residencial se ve fuertemente incrementada, lo que a su vez ha supuesto una nueva regulación diferente en su concepción tradicional de los Patrimonios Públicos de Suelo.

La dualidad simple de tipos de suelo, aparentemente inocua, supondrá si se cumple con la intención del legislador estatal, toda una revolución en materia de valoraciones. Estas consideraciones y de otro tipo hace que cuanto mas bucee uno en el contenido de la legislación básica estatal que ahora se promulga haga más hondo el calado de dicha norma que afectará, ineludiblemente, de forma importante a la normativa sobre ordenación territorial y urbanística dictada por las Comunidades Autónomas, con los correspondientes ajustes necesarios en la misma.

1. Carácter básico de los preceptos y título competencial.

La disposición final primera de la Ley 8/2007, establece el carácter del contenido dispositivo de la Ley, estableciendo en sus tres primeros apartados el título competencial del carácter básico de los mismos, en función del ejercicio de derechos en condiciones básicas de igualdad, y, en su caso, de bases del régimen de las Administraciones Públicas, de la planificación general de la actividad económica y de protección del medio ambiente; de bases de la planificación general de la actividad económica y de competencia reservada al legislador estatal sobre defensa, legislación civil, expropiación forzosa y sistema de responsabilidad de las Administraciones Públicas.

El apartado cuarto se refiere al contenido normativa de aplicación directa en los territorios de las Ciudades Autónomas de Ceuta y Melilla, con las peculiaridades señaladas en dicho apartado, todo ello de conformidad con lo establecido en el art. 13 de los Estatutos de Autonomía para dichas ciudades. Finalmente, el apartado quinto se refiere a las excepciones contenidas en los regímenes civiles, forales o especiales con que cuenten determinadas Comunidades Autónomas, allí donde existieren.

En lo que nos interesa sobre los patrimonios públicos de suelo, tener en cuenta que el art. 33, y los apartados primero y segundo del art. 34 se dictan en base al carácter de bases de la planificación económica dictadas en ejercicio de la competencia reservada al legislador estatal por el artículo 149.1.13^a de la Constitución, sin perjuicio de las competencias exclusivas sobre suelo y urbanismo que tengan atribuidas las Comunidades Autónomas.

Por su parte, los apartados tercero y cuarto del art. 34 de la Ley 8/2007, se dictan en ejercicio de la competencia reservada al legislador estatal por el art. 149.1.4^a, 8^a y 18^a de

la Constitución, sobre defensa, legislación civil, expropiación forzosa y sistema de responsabilidad de las Administraciones Públicas, apuntadas en párrafos precedentes.

La Ley 8/2007 deroga en su integridad la Ley 6/1998, y varios preceptos del TRLS92, dejando, de forma un tanto inexplicable, vigentes una serie de preceptos del propio TRLS92 por la vía de la no derogación, tampoco afirmación expresa. Lo más lógico hubiera sido derogar dicho texto refundido e incorporar los preceptos con una nueva redacción más acorde al correr de los tiempos, si fuera el caso, evitando cualquier duda interpretativa y dejando absolutamente clara la normativa básica estatal vigente, para que por el legislador autonómico se realizasen los ajustes necesarios en su normativa autonómica y contar con un marco jurídico lo más diáfano posible.

Antes al contrario, se ha procedido a dejar vigentes, por la vía de la no derogación, insisto una vez más (para un mayor detalle ver el contenido de la disposición derogatoria única de la Ley 8/2007), determinados preceptos del TRLS92, que deberán ser objeto, a tenor de la delegación legislativa al Gobierno, contenida en la disposición final segunda de la Ley, para que en el plazo de un año a contar desde la entrada en vigor de la Ley -es decir, hasta el 01-07-2008- se dicte un Decreto Legislativo que refunda el texto de la Ley 8/2007 y los preceptos que quedan vigentes del TRLS92, debiendo aclararse, regularizarse y armonizarse la terminología y el contenido dispositivo de éste a los de la Ley 8/2007.

2 . Estructura General de la Ley: aspectos fundamentales.

De la exposición de motivos y de los primeros preceptos del texto legal se pueden entresacar una serie de conclusiones en cuanto a la importancia que el legislador pretende dar a conceptos como la vivienda y el medio ambiente en un desarrollo sostenible, con una información y consiguiente participación de los ciudadanos cada vez mayor en los instrumentos de ordenación urbanística.

Pero no es hasta el artículo 12 de la Ley cuando uno toma verdadera conciencia de las modificaciones sustanciales introducidas por el legislador básico estatal. Como hemos comentado antes de forma somera, las dos únicas situaciones del suelo se configuran en suelo urbanizado y suelo rural, correspondiendo la primera clasificación a aquél suelo al que únicamente le faltan realizar las obras de conexión de las parcelas a las instalaciones ya en funcionamiento. Mientras que todos los suelos que no se encuentren debidamente urbanizadas a falta de estas obras de conexión serán suelo rural. Y la clasificación de las parcelas en uno u otro tipo de suelo tiene unas consecuencias jurídicas muy importantes: en primer lugar afectan directamente al contenido de los derechos y deberes y cargas de los artículos 8º y 9º del texto legal, especialmente a todos aquellas parcelas que tienen la consideración de suelo rural.

Todo ello comporta la necesidad para los propietarios de parcelas clasificadas como suelo rural de tener que acometer una actuación de transformación urbanizadora para evitar encontrarse en esta situación de impás durante años, como en la actualidad sucede, y evitar las obligaciones y cargas que pesan sobre el suelo rural. Consiguientemente, ello supondrá la necesidad de hacer frente a todos los costes de urbanización, así como todas aquellas cesiones obligatorias y gratuitas que sean necesarias, incluido el aprovechamiento lucrativo que sea susceptible de apropiación

por la Administración y que engrosará los patrimonios públicos de suelo, de la Administración correspondiente.

Las actuaciones de urbanización contempladas en el artículo 14, ponen de manifiesto lo afirmado en el párrafo anterior, así como abre la puerta a que las recepciones de obras de urbanización se lleven a término por parte de la Administración, y sino se realizasen de forma expresa, también se podrán entender tácitamente recibidas.

El artículo 11 de la Ley denominado publicidad y eficacia en la gestión pública, vio recortado ampliamente su primitivo alcance en el proyecto de Ley, cuando, aparte de los períodos de información pública y publicaciones preceptivas, se cercenaron cláusulas verdaderamente interesantes como la nulidad de pleno derecho de todos aquellos acuerdos y procedimientos que incumpliesen no sólo informaciones al público, sino las propias publicaciones definitivas de los instrumentos de ordenación, incluidos los convenios urbanísticos que se aprobasen.

Aunque varias normativas autonómicas ya habían puesto de manifiesto en el procedimiento de elaboración y aprobación de los instrumentos de ordenación urbanística, la necesidad de acompañar informes de impacto ambiental, respecto de los nuevos desarrollos, con ánimo de conciliar el impacto sobre el medio ambiente de las nuevas edificaciones previstas, con un desarrollo sostenible de crecimiento urbano, el artículo 15 de la Ley 8/2007 obliga a que se emitan y se incluya como documentación de los instrumentos de ordenación de las actuaciones de urbanización un informe o memoria de sostenibilidad económica, en el que se ponderará en particular el impacto de la actuación en las Haciendas Públicas afectadas por la implantación y el mantenimiento de las infraestructuras necesarias o la puesta en marcha y la prestación de los servicios resultantes, con ánimo de hacer viable la actuación una vez que la misma se lleva a cabo.

En cuanto a los deberes por las actuaciones de transformación urbanística, ya hemos adelantado alguno de ellos en apartados precedentes, entre los que se encuentran hacer efectivas todas las cesiones y obligatorias gratuitas a favor de la Administración, incluido el aprovechamiento lucrativo susceptible de apropiación por la misma, que como hemos comentado, puede llegar a duplicarse respecto de las cesiones con arreglo a la normativa contenida en la Ley 6/1998, y que acrecentará de forma manifiesta los bienes y recursos integrantes de los patrimonios públicos de suelo. De igual forma, hacer efectivos todos los costes de urbanización, no sólo de las obras de urbanización que sean necesarias en la correspondiente unidad de actuación debidamente delimitada, sino también todas aquellas obras de infraestructuras necesarias para hacer viable la misma: tales como potabilizadoras, suministro y depuración de aguas, inclusive las infraestructuras de transporte público que se requieran para una movilidad sostenida, y que alguna CC.AA -como es el caso de la valenciana- utilizaba la figura del canon de urbanización para poder sufragar dichas infraestructuras con cargo a los propietarios, adjudicatarios de programas o peticionarios de licencias, dependiendo del momento temporal, no exento de recursos y polémicas por parte de éstos.

Me parece muy relevante, la premisa contenida en el apartado tercero del art. 16 de la Ley, cuando establece que los convenios o negocios jurídicos que el promotor de la actuación celebre con la Administración correspondiente, no podrán establecer obligaciones o prestaciones adicionales ni más gravosas que las que procedan

legalmente en perjuicio de los propietarios afectados, estableciendo una cláusula de nulidad de pleno derecho para los convenios que contravengan dicha prevención legal, que más tarde, en el breve apartado dedicado a los convenios urbanísticos, desarrollaremos con un mayor detalle.

En los criterios básicos de utilización del suelo contenido en el art. 10 de la Ley, ya pone de manifiesto lo anteriormente afirmado, respecto de la necesidad de arbitrar las actuaciones de urbanización necesarias que posibilite el paso de suelo rural a suelo urbanizado, para, por un lado, satisfacer las necesidades que lo justifiquen, y, por otra parte, impedir la especulación con él, preservando de la urbanización al suelo rural que tenga que tener dicha clasificación jurídica. Pero lo que es más importante e incide directamente sobre el cambio de mentalidad o filosofía de la institución de los patrimonios públicos de suelo, respecto de la regulación recientemente derogada, es la obligación impuesta ante cualquier desarrollo urbanístico de destinar suelo adecuado y suficiente para usos productivos y uso residencial, con reserva en todo caso de una parte proporcionada a vivienda sujeta a un régimen de protección pública que, al menos, permita establecer su precio máximo en venta, alquiler y otras formas de acceso a la vivienda, como el derecho de superficie o la concesión administrativa.

Esta reserva será determinada por la legislación sobre ordenación territorial y urbanística o, de conformidad con ella, por los instrumentos de ordenación y, como mínimo, comprenderá los terrenos necesarios para realizar el 30% de la edificabilidad residencial prevista por la ordenación urbanística en el suelo que vaya a ser incluido en actuaciones de urbanización. Nada menos que un mínimo del 30% que por la legislación autonómica puede ser incrementado sin limitación aparente de ningún tipo.

El legislador ha comprendido que con la figura y concepción clásica, al margen de interpretaciones más o menos restrictivas, de los patrimonios públicos de suelo, nunca se ponía en el mercado suficiente suelo para poder colmar la demanda de viviendas de protección pública a un precio tasado razonable, bien por la vía de la compra, alquiler, etc... Dicho y hecho, lo que al menos tenemos que reconocer que el legislador, por una vez, ha sido valiente, dado que en el proyecto de Ley el porcentaje era inferior y, en sede parlamentaria, se ha incrementado hasta ese mínimo del 30%. Directamente los desarrollos urbanísticos de suelo residencial deberán contener esa reserva mínima del 30% (cuando no superior en función de lo que determine la legislación autonómica de turno) dedicadas a cualquier fórmula que permita establecer precios máximos de venta o alquiler, con ánimo de favorecer el acceso de todos los ciudadanos a una vivienda digna y adecuada, conforme determina el art. 47 de la Constitución Española.

Hecha la ley, hecha la trampa, ya he escuchado a algunos autores afirmar la posibilidad de traspasar ese porcentaje de reserva de unos desarrollos urbanísticos a otros, concentrando esa vivienda de protección oficial en determinadas zonas, a modo y semejanza de auténticos guetos. Es cierto, que la letra b) de la disposición transitoria primera de la Ley 8/2007, establece la posibilidad de que los instrumentos de ordenación podrán compensar motivadamente minoraciones del porcentaje en las actuaciones de nueva urbanización no dirigidas a atender la demanda de primera residencia prevista por ellos con incrementos en otras de la misma categoría de suelo, pero en estos términos que, dicho sea de paso, son bastante subjetivos.

Además, tener en cuenta, de conformidad con lo establecido en la disposición transitoria primera de la Ley 8/2007, que la aplicación de la reserva de suelo para vivienda protegida se aplicará a todos los cambios de ordenación cuyo procedimiento de aprobación se inicie con posterioridad a la entrada en vigor de esta Ley, en la forma establecida por la normativa autonómica. En aquellos casos que las CC.AA no hubieren establecido porcentaje de reserva -respetando el mínimo del 30%-, transcurrido un año desde la entrada en vigor de la misma -01-07-2008-, desde dicho momento y hasta su adaptación a esta ley será directamente aplicable la reserva mínima del 30%, con una serie de precisiones.

En los Municipios de menos de 10.000 habitantes en los que, en los dos últimos años anteriores al inicio de su procedimiento de aprobación, se hayan autorizado edificaciones residenciales para menos de cinco viviendas por cada mil habitantes y año, siempre y cuando dichos instrumentos no ordenen actuaciones residenciales para más de 100 nuevas viviendas, así como los que tengan por objeto actuaciones de reforma o mejora de la urbanización existentes en las que el uso residencial no alcance las 200 viviendas.

En el ámbito de las valoraciones, los artículos 20 a 27 ponen de manifiesto las consecuencias expuestas en los párrafos precedentes. En la valoración del suelo rural y el suelo urbanizado de los arts. 22 y 23, se manifiesta que la valoración tendrá en cuenta exclusivamente el valor establecido en dichos preceptos con arreglo a la situación jurídica de la clasificación legal que ostente cada parcela, sin que se tengan en cuenta ningún otro tipo de expectativas, como de facto hasta ahora sucedía. Llama la atención como en el artículo 26, algo que en la actualidad no quedaba claro -y que temo en la praxis seguirá sin cumplirse fielmente la intención del legislador, ya sea estatal o autonómica, como ya establecían algunas regulaciones autonómicas- respecto de la valoración de los terrenos o suelos cuando se hacían efectivos los costes de urbanización con entregas de los mismos, estableciendo, taxativamente el precepto, que el suelo se tasaré por el valor que le correspondería si estuviera terminada la actuación, al igual que sucede en los casos de compensaciones económicas, cuando en la reparcelación no se tuviera derecho a finca independiente, descontándose, como es lógico pensar, los gastos de urbanización correspondientes incrementados por la tasa libre de riesgo y la prima de riesgo.

Finalmente, los artículos 28 a 30 regulan la expropiación forzosa y la responsabilidad patrimonial con una sistemática parecida a la actual, teniendo en cuenta a efectos de valoración todo lo dicho hasta el momento presente. Una crítica merece, en mi modesta opinión, la redacción del art. 30 denominado supuestos indemnizatorios que en un refrito regula los supuestos que dan lugar a derecho de indemnización por lesiones en los bienes y derechos de los propietarios, sin una sistemática clara y precisa como sucedía con los derogados art. 41 a 44 de la LRSV, y que de facto habían sido objeto de dudas en la interpretación de los distintos supuestos, con mayor motivo a partir de ahora.

3 . La regulación en la Ley 8/2007, de los Patrimonios Públicos de Suelo.

El título V de la Ley se dedica a regular la función social de la propiedad y gestión de suelo. El artículo 31 vuelve a recoger el sistema de venta y sustitución forzosa por

incumplimiento de los deberes de edificación o rehabilitación previstos en la propia Ley, habilitando la expropiación por incumplimiento de la función social de la propiedad o el régimen de venta o sustitución forzosas, en los términos de los propios arts. 31 y 32 de la Ley estatal y de conformidad con lo establecido por la normativa autonómica de aplicación.

Los arts. 33 y 34 de la Ley -no sin pocas modificaciones desde el primer anteproyecto de Ley, pasando por el proyecto de ley, y terminando por las modificaciones introducidas por el poder legislativo- se dedican a la regulación de los patrimonios públicos de suelo. No es que la regulación derogada del TRLS92 fuese muy amplia -debido a que fueron objeto de derogación todos los preceptos que regulaban esta institución con carácter supletorio por la STC de 20-03-1997-, pero tampoco es que la actual sea mucho más exhaustiva. La diferencia esencial estriba, de forma sutil pero clara, en un tratamiento diferente del hasta ahora existente y derogado por la Ley 8/2007.

El apartado primero del artículo 33 se dedica a establecer la noción de los patrimonios públicos de suelo con el siguiente tenor: con la finalidad de regular el mercado de terrenos, obtener reservas de suelo para actuaciones de iniciativa pública y facilitar la ejecución de la ordenación territorial y urbanística, integran los patrimonios públicos de suelo los bienes, recursos y derechos que adquiera la Administración en virtud del deber a que se refiere la letra b) del apartado 1º del artículo 16 -la cesión de los aprovechamientos urbanísticos susceptibles de apropiación por la Administración, tantas veces comentados-, sin perjuicio de los demás que determine la legislación sobre ordenación territorial y urbanística.

En principio, las diferencias aparentemente con respecto a la regulación anterior son prácticamente inexistentes. Sin embargo de un análisis en detenimiento del precepto pone de manifiesto dos principios esenciales: en primer lugar, los patrimonios públicos de suelo no sólo están constituido por bienes, sino también por recursos y derechos, preludio de lo que va afirmar en el apartado segundo, dado que si con anterioridad la sustitución a metálico de los aprovechamientos urbanísticos o el producto de la enajenación de los bienes tenían que reinvertirse obligatoriamente en la conservación o ampliación de bienes con destino al PMS, es decir, retroalimentar el propio PMS, siempre tendríamos bienes, lo que pone de manifiesto que el legislador integra dentro de los PPS, no sólo bienes, sino recursos y derechos.

La segunda consideración de importancia es la remisión expresa a la legislación sobre ordenación territorial y urbanística que determine que otro tipo de bienes, recursos o derechos pueden integrar los PPS, cosa que de facto determinan el contenido de las normativas autonómicas y que, ahora, se sacraliza desde un punto de vista jurídico con la determinación del legislador básico estatal que sea el legislador autonómico quién determine, amén del mínimo que deben integrar los PPS, es decir, los aprovechamientos urbanísticos susceptibles de apropiación por la Administración competente, cualesquiera otros bienes, recursos o derechos que se integren dentro de dicha figura.

El apartado segundo del artículo 33 establece que los bienes de los PPS constituyen un patrimonio separado y los ingresos obtenidos mediante la enajenación de los terrenos que los integran o la sustitución por dinero a que se refiere la letra b) del apartado 1º del artículo 16, se destinarán a la conservación, administración y ampliación del mismo,

siempre que sólo se financien gastos de capital y no se infrinja la legislación que les sea aplicable, o a los usos propios de su destino.

También aparentemente no parece haber grandes diferencias con lo establecido en el derogado art. 276.2 del TRLS92, pero nada más lejos de la realidad. En primer lugar, que formen un patrimonio separado es consecuencia lógica de la determinada afección de destino que la Ley les impone. Sin embargo, cuando se señala que los ingresos procedentes de la enajenación de los bienes de los PPS o la redención a metálico de los aprovechamientos urbanísticos susceptibles de apropiación por la Administración se deberán destinar a la conservación, administración y ampliación del mismo, añade en el último inciso del precepto, “o a los usos propios de su destino”, significa que la retroalimentación que pesaba sobre los fondos en metálico, contenida en el art. 276.2 del TRLS92, centro de innumerables polémica sobre el destino que se le podía dar a esos fondos ha desaparecido. De ahí radica la importancia de haber explicado la evolución que dichos preceptos han sufrido y que la interpretación de nuestros tribunales, especialmente del Tribunal Supremo, otorgaba a los mismos.

Todo ello en los nuevos términos en que el art. 33.2 de la nueva Ley está redactado, dado que si los fondos se pueden, además de retroalimentar al propio PPS, utilizar para hacer efectivo los usos propios de su destino, en función del destino que la normativa autonómica establezca, dentro de los términos generales del art. 34.1 de la Ley 8/2007 (que a continuación comentaremos), significará que la retroalimentación será voluntaria y no obligatoria como hasta ahora sucedía. Si además tenemos en cuenta que la normativa autonómica abrirá el concepto de esos otros usos de interés social -no porque lo establezca el art. 34.1 de la Ley 8/2007, sino porque en la actualidad, a pesar del contenido de la derogada legislación básica estatal establecida en el TRLS92, ya sucede- eso supondrá que los fondos podrán destinarse a multitud de acciones que no sean como hasta ahora, exclusivamente, la conservación o adquisición de bienes para los PPS.

La segunda consideración de menor calado por su importancia, es la contradicción ante una innecesaria aclaración, en mi modesta opinión, cuando el legislador señala que los ingresos se destinarán a la conservación, administración y ampliación de los PPS siempre que sólo se financien gastos de capital y no se infrinja la legislación que les sea aplicable. Los términos conservar y administrar, casi por definición, implican el ejercicio de acciones de realizar gastos de administración ordinarias. No debemos olvidar que sólo las obras de mejora o que supongan un aumento de valor en los bienes conllevaría la presupuestación en el capítulo 6, del presupuesto de gastos, a efectos de entender que estamos en presencia de una inversión o gasto de capital, cosa que no sucede en los casos de conservar o administrar.

Si lo que pretendía el legislador era no vulnerar el contenido del art. 5º del TRLRHL respecto a impedir la despatrimonialización de los entes locales -por la vía de la limitación de destino de los ingresos que se obtienen por la enajenación de bienes patrimoniales-, debiendo reinvertir en gastos de inversión o capital el producto de la enajenación de la venta de bienes inmuebles, debería haber utilizado otros verbos distintos a conservar o administrar o, simplemente, hacer desaparecer esas dos expresiones, o haber precisado más.

El artículo 34 de la Ley 8/2007, regula el destino de los bienes y recursos que integran los PPS. Y deberán ser destinados a la construcción de viviendas sujetas a algún régimen de protección pública, pudiendo ser destinados también a otros usos de interés social, de acuerdo con lo que dispongan los instrumentos de ordenación urbanística, sólo cuando así lo prevea la legislación en la materia especificando los fines admisibles, que serán urbanísticos o de protección o mejora de espacios naturales o de los bienes inmuebles del patrimonio cultural.

En definitiva, del contenido del precepto debemos señalar que será la normativa autonómica la que determinará el destino de los bienes y recursos que componen los PPS, al margen de la construcción de viviendas de protección pública, y teniendo en cuenta la reserva mínima del 30% que deben contener los instrumentos de planeamiento en las actuaciones de tipo residencial, como ya hemos comentado con detalle en el apartado precedente. Los límites son muy difusos y genéricos, curiosamente copiados de lo dispuesto por algunas normativas autonómicas promulgadas con anterioridad a la Ley 8/2007 -de ahí mi comentario de modificar la normativa básica estatal que se deroga ante la fuerza de los hechos, tanto por el modo de actuar de los poderes públicos como del contenido de las normativas autonómicas sobre ordenación territorial y urbanismo-, entre los que se encuentran fines urbanísticos -muy amplios, por tanto-, de protección o mejora de espacios naturales o de los bienes inmuebles del patrimonio cultural.

Bien es cierto, que la única limitación clara es que se deben contener en los instrumentos de ordenación urbanística de cada Municipio y, además, siempre y cuando la normativa autonómica de aplicación los contemple expresamente, dentro del arco permitido por la legislación básica estatal que ahora comentamos.

Finalmente, los apartados segundo, tercero y cuarto del art. 34 que regula el destino de los bienes y recursos que integran los PPS persiguen una misma finalidad: establecer unas limitaciones que permitan el acceso a la vivienda en unos precios tasados.

El apartado segundo señala que los terrenos adquiridos por las Administraciones en virtud de las cesiones por aprovechamientos urbanísticos susceptibles de apropiación por las mismas -las cesiones a que se refiere la letra b) del apartado 1º del artículo 16 de la Ley, que 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, no podrán ser adjudicados, ni en dicha transmisión ni en las sucesivas, por un precio superior al valor máximo de repercusión del suelo sobre el tipo de vivienda de que se trate, con forme a su legislación reguladora. Es decir, se deberán valorar tanto en la primera transmisión que realice la Administración como posteriormente en segundas transmisiones realizadas por los particulares adjudicatarios en la primera por el valor de los módulos de construcciones establecidos por las Administraciones Públicas, como de hecho sucede en la actualidad.

En el expediente administrativo y en el acto o contrato de la enajenación se hará constar esta limitación. Las limitaciones, obligaciones, plazos o condiciones de destino de las fincas integrantes de un patrimonio público de suelo que se hagan constar en las enajenaciones de dichas fincas son inscribibles en el Registro de la propiedad, no obstante lo dispuesto en el artículo 27 de la Ley Hipotecaria y sin perjuicio de que su incumplimiento pueda dar lugar a la resolución de la enajenación.

Se trata, al fin y a la postre, de aplicar a los PPS que se vayan a destinar a construir viviendas sujetas a algún régimen de protección pública de las mismas garantías y limitaciones que rodean a las viviendas propiamente dichas. El acceso al Registro de la propiedad de las limitaciones, obligaciones, plazos o condiciones a que se refiere el párrafo anterior, produce los siguientes efectos -de conformidad con lo establecido en el apartado cuarto del precitado art. 34-: cuando se hayan configurado como causa de resolución, ésta se inscribirá en virtud, bien del consentimiento del adquirente, bien del acto unilateral de la Administración titular del patrimonio público de suelo del que proceda la finca enajenada, siempre que dicho acto no sea ya susceptible de recurso ordinario alguno, administrativo o judicial.

Sin perjuicio de la resolución del contrato, la Administración enajenante podrá interesar la práctica de anotación preventiva de la pretensión de resolución en la forma prevista por la legislación hipotecaria para las anotaciones preventivas derivadas de la iniciación de procedimiento de disciplina urbanística, con el ánimo -añado yo- de poner en conocimiento a posibles adquirentes terceros de buena fe, la más que probable resolución del contrato y reversión del bien a manos de la Administración correspondiente que hubiere suscrito el contrato de transmisión del mismo. En otro caso, finaliza el precepto, la mención registral producirá los efectos propios de las notas marginales de condiciones impuestas sobre determinadas fincas.

Del contenido del precepto me parece interesante formular dos observaciones. La primera de ellas es si estas limitaciones en cuanto al precio máximo de venta, alquiler o cualquier otra forma de acceso a la vivienda, tanto para la primera adjudicación de la vivienda como a transmisiones posteriores, sólo es de aplicación, como parece indicar el precepto, a los terrenos que la Administración adquiera en virtud de las cesiones de aprovechamiento urbanístico del tantas veces citado art. 16.1 b/ de la Ley 8/2007, y sin embargo, respecto de otras formas de adquisición o constitución de PPS, como la propia adquisición voluntaria de terrenos, etc... no regirán las mismas limitaciones. A dicha pregunta, entiendo por sentido común, que tiene que tener la misma respuesta que las limitaciones comentadas en párrafos precedentes.

La segunda consideración de calado más hondo, es poner de manifiesto la realidad existente muy difícil de atajar a la que el legislador debiera haber pensado, al menos, buscar una solución. La práctica habitual es que en la primera transmisión o adjudicación de la vivienda, evidentemente, el precio máximo de venta se respeta, pero en las transmisiones posteriores, aunque los módulos de viviendas de protección oficial se van actualizando, queda claro que su valor está muy por debajo del valor real de mercado, lo que produce, para evitar posibles supuestos de resolución de contrato y retracto de la vivienda a manos de la Administración que pagará ese valor, a establecer dicha valoración en las escrituras públicas de compraventa, creándose un verdadero mercado negro de dinero que se paga al propietario de la vivienda de protección pública, al margen del estipulado legalmente en la escritura pública de compraventa.

Esta conducta totalmente extendida, hace que se incumpla la finalidad que se perseguía con la construcción de viviendas sujetas a regímenes de protección pública, y que dicha vivienda entre en el juego del libre mercado del parque de viviendas que son objeto de transmisión, viéndose frustrado el legítimo interés público que se pretendía con la creación de este sistema de protección oficial. Pero además el perjuicio es doble,

no sólo se ve incumplida la finalidad de tasar precios máximos de venta, alquiler u otras formas de acceso a la vivienda, con lo que dichos bienes no escapan a las leyes de la oferta y de la demanda del mercado inmobiliario y, por ende, de los precios que en el mismo se van fijando, precisamente por esas leyes de la oferta y la demanda -lo que dispara el precio-, sino que, además, se establece un tráfico irregular de dinero negro que escapa al control de las autoridades, tanto a efectos monetarios como impositivos, dado que, en teoría, el precio establecido en la escritura de compraventa de la vivienda protegida se ajusta a los módulos establecidos legalmente, por lo que tanto a efectos de plusvalía, impuesto de transmisiones patrimoniales, etc... la liquidación de dichos tributos se realiza sobre esa valoración que no ha sido la realmente percibida por el transmitente de la vivienda de protección oficial, en cuestión.

En resumidas cuentas, de todo lo dicho podemos colegir como el problema no tiene fácil solución, y la raíz del problema no es aplicar a los PPS el mismo régimen que a las viviendas protegidas, porque al fin y a la postre, cuando se llevan a cabo viviendas de protección oficial normalmente lo son sobre terrenos que la Administración ha puesto en el mercado en esas condiciones -de lo contrario sería imposible mantener los precios de venta, alquiler u otras formas de acceso a la vivienda tasados-, sino hay que buscarla en intentar que se mantengan esos precios máximos a toda costa en las sucesivas transmisiones de la vivienda, realquileres que se puedan establecer, etc... para garantizar que el efecto que se pretende con toda esta normativa de protección y contención de precios para un verdadero acceso a una vivienda digna y adecuada se cumpla.

De lo contrario se pondrán en el mercado un mayor número de viviendas que podrán contener, relativamente los precios, no por la legislación protectora de viviendas públicas, sino por que al poner una mayor oferta en el mercado que supere la demanda, hará que los precios bajen, pero una vez más por las reglas de una economía de mercado -la mano invisible a que se refería Adam Smith- pero no por la verdadera acción protectora derivada de dicha legislación. Dicho con otras palabras, o se articulan otras formas o modos de poder velar que se cumpla con la legítima finalidad perseguida o, antes o después, no se alcanzarán los resultados deseados. Y esta afirmación es predicable no sólo a la figura de los PPS, estamos hablando ya de viviendas de protección oficial, y recordar que en los desarrollos urbanísticos de tipo residencial, la reserva para VPO será como mínimo del 30% como hemos comentado con anterioridad, sin perjuicio de lo que disponga, finalmente, la legislación autonómica de turno.

Finalmente, tener en cuenta la excepción a los supuestos de reversión y de retasación del art. 29 de la LS2007, concretamente la letra b/, del apartado primero del precepto, cuando señala que una de las excepciones a la reversión es haberse producido la expropiación para la formación o ampliación de un patrimonio público de suelo, siempre que el nuevo uso sea compatible con los fines de éste.

C. La regulación de los PMS en la actual normativa autonómica Canaria.

A raíz de la promulgación del TRLS92 (algunas con anterioridad) las CC.AA que dictaron legislaciones urbanísticas comenzaron a tener en cuenta y a regular la institución de los PMS. Es claro y notorio, con la S.T.C. de 20-03-1.997, como el máximo garante de la Constitución ha pretendido proceder a delimitar la competencia del urbanismo entre Estado y CC.AA. Por ello la subsistencia de determinados

preceptos básicos que no contienen una regulación global de determinadas instituciones (entre ellas el PMS) y las regulaciones urbanísticas autonómicas posteriores a la legislación estatal, hacía difícil conciliar, en múltiples ocasiones, ambas legislaciones.

Aunque ello no debía suponer que se soslayase el cumplimiento de los preceptos básicos, porque ello supondría atentar contra los propios principios constitucionales de reparto de competencias en que se asienta nuestro actual Estado de las autonomías, ya hemos apuntado como de facto sucedía algo parecido. La situación actual es justamente la contraria, con legislaciones dictadas, prácticamente, por todas las CC.AA -salvo alguna excepción, como es el caso de Baleares, y no por mucho tiempo- se dicta la Ley 8/2007, de suelo, por parte del Estado.

Analizaremos, en primer lugar, el contenido de la normativa autonómica que se encuentra vigente en el ámbito de la CC.AA Canaria, para pasar en el apartado siguiente a comentar, de forma somera, los ajustes o modificaciones que deberán producirse en dicha normativa autonómica, con ánimo de ajustarlos a los preceptos estatales.

Para comenzar debemos señalar cual es el ámbito normativo Canario que regula la figura de los PPS. No fue hasta la Ley 9/1999, de 13 de mayo, de Ordenación del Territorio de Canarias cuando se reguló esta institución. Dicha disposición autorizó al Gobierno Canario para que dictase un Texto Refundido, en el plazo máximo de un año, en el que se refundiesen los preceptos de la precitada Ley con la Ley 12/1994, de 19 de diciembre, de Espacios Naturales de Canarias y Ley 13/1994, de 22 de diciembre, de Modificación del Anexo de la Ley anterior. Todo ello dio lugar al nacimiento del Decreto Legislativo 1/2000, de 8 de mayo, por el que se aprueba el Texto Refundido de las Leyes de Ordenación del Territorio de Canarias y de Espacios Naturales de Canarias, concretamente, regula la institución de los PPS en los artículos 74 a 77 y 79, dedicado este último a los derechos de tanteo y retracto sobre suelo y edificaciones.

Algunos apartados de dichos preceptos han sido objeto de modificación o adición de algún apartado nuevo por diversas disposiciones, entre las que caben destacar; la Ley 2/2000, de 17 de julio, de medidas económicas, en materia de organización administrativa y gestión relativas al personal de la CC.AA de Canarias y de establecimientos de normas tributarias, Ley 1/2006, de 7 de febrero, de modificación de la Ley 2/2003, de 30 de enero, de Vivienda de Canarias.

Para terminar con el marco normativo, hay que añadir la regulación reglamentaria llevada a cabo por el Decreto 183/2004, de 21 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de gestión y ejecución del sistema de planeamiento de Canarias, que dedica su título IX a los PPS, concretamente, en los artículos 232 a 242 del Reglamento.

Vamos a continuación a establecer una serie de apartados para poder entender de forma adecuada la figura de los PPS, con ánimo de ordenar las ideas, lo que no deja de ser una ordenación convencional, a modo y semejanza a la que realicé en mi libro sobre los principales instrumentos de financiación procedentes del urbanismo³.

³ **Cholbi Cachá, Francisco Antonio**, los Principales Instrumentos de Financiación procedentes del Urbanismo. El Consultor. Madrid. 2004.

1. Obligación de constitución del PPS.

En principio, a tenor del contenido del art. 74 del DLOTCanarias, tanto la Administración de la CC.AA como las Islas y los Municipios deberán constituir sus respectivos patrimonios públicos de suelo con la finalidad de crear reservas de suelo para actuaciones públicas de carácter urbanístico, residencial o ambiental y de facilitar la ejecución del planeamiento. La creación se hace obligatoria, por tanto, para cualquier Administración urbanística actuante. Añade el desarrollo reglamentario, en el art. 232.1, la finalidad específica de creación de espacios de interés ambiental con la finalidad de restauración de ecosistemas frágiles, escasos o amenazados, la protección de hábitats o especies amenazadas u otros de similar carácter a fin de garantizar la conservación y recuperación de determinados recursos naturales.

El segundo párrafo del apartado primero del art. 74 de la ley (repetido en el art. 232.4 del Reglamento), añade que la percepción de transferencias o subvenciones con cargo a los presupuestos de la CC.AA y por el expresado concepto de gestión del planeamiento requerirá la acreditación por la Administración destinataria o interesada del cumplimiento de la obligación de constituir el patrimonio público de suelo. Podemos comprobar, pues, para el cumplimiento de la obligación legal se establece un cauce positivo de incentivos con ánimo de dotar de virtualidad práctica a la institución.

Las Administraciones Públicas Canarias deberán desarrollar el patrimonio público de suelo, como instrumento básico de intervención en el mercado mediante las aportaciones directas por parte de las administraciones, desarrollando un programa específico de dotación económica para tal fin; las reservas de terrenos de posibles adquisición de constitución o ampliación del mismo, en función de la delimitación de ámbitos de actuación en el cual las transmisiones de bienes inmuebles estén sujetas al derecho de tanteo y retracto, la formación de consorcios insulares entre las Administraciones Públicas Canarias para una gestión estratégica del patrimonio de suelo y el rigor en el procedimiento de los convenios urbanísticos y el destino de las compensaciones recibidas en los mismos al incremento de dichos PPS -art. 232.3 del Decreto 183/2004-.

Digno de comentario me parece el último apartado del precepto reglamentario, es decir, aquél que se refiere a las compensaciones recibidas en los convenios urbanísticos, y como siempre mantuve creo que no se está refiriendo a las sustituciones en metálico de los aprovechamientos urbanísticos susceptibles de apropiación por la Administración a través de las cesiones gratuitas y obligatorias de suelo, que también, evidentemente, sino a cualquier otra compensación o mejora que de dichos convenios urbanísticos pueda obtener la Administración actuante, en cada caso.

2. Registro y control de los bienes del PPS.

En primer lugar, el art. 232.2 del Decreto 183/2004 señala, como establece el art. 33.2 de la Ley 8/2007, que los PPS constituyen un patrimonio separado de los demás bienes de titularidad de la Administración Pública de que se trate, quedando afectados dichos bienes, así como los recursos que se obtengan de su enajenación y, en general, de su gestión, a la finalidad establecida en el art. 76 del DLOTCanarias y 235 del propio Reglamento.

Sobre este particular, el art. 241 del precitado Decreto, señala que los objetivos del Registro de Explotación de PPS, que a continuación estudiaremos, tiene por objeto: poner en conocimiento del Pleno de la Corporación u órgano de gobierno equivalente, así como para conocimiento público, los fines o destino que tendrán los bienes integrantes de los PPS; llevar la contabilidad con arreglo a los fines y reglas establecidos en la legislación general, mostrando el registro una imagen fiel del PPS, a través de las auditorías que se vayan realizando, así como mostrar una información útil en la rendición de cuentas con el objetivo de facilitar la toma de decisiones y actuación de los órganos competentes de las Administraciones actuantes, homogeneizando una valoración de los bienes que los integran y posibilitando una adecuada coordinación de las políticas de suelo de las distintas Administraciones Públicas que interviene (insular, local y autonómica).

El apartado segundo del referido art. 74 del DLOTCanarias señala la obligación de todas las Administraciones titulares de PPS, de la llevanza de un Registro de Explotación, comprensivo, en los términos que se precisen reglamentariamente, de los bienes integrantes y depósitos en metálico, de las enajenaciones de bienes y el destino final de éstos.

De la liquidación de la gestión anual de la explotación de los PPS se acompañará un anexo a la liquidación de la ejecución de las cuentas de los presupuestos anuales, siendo objeto de control por el Departamento con competencia en materia de Administración Local y por la Audiencia de Cuentas de Canarias en los términos establecidos en la legislación reguladora de esta última.

La regulación reglamentaria se contiene, concretamente, en los arts. 238 a 242 del Decreto 183/2004. El registro de explotación, comprensivo en los términos expuestos en el art. 74.2 de la Ley, correrá a cargo de los órganos competentes encargados de su gestión en función de la potestad autoorganizatoria de cada Administración Pública. La finalidad de dicho Registro de Explotación es suministrar información económico-financiera del conjunto de bienes integrantes del PPS. Para cumplir con este objetivo deberá quedar reflejada tanto la captación o incorporación de los bienes, como su valoración y los registros de dichos bienes por las transacciones, en su caso, realizadas, presentando esta información de forma adecuada a las finalidades de los PPS -art. 238.3 del Reglamento-. De la definición antedicha, mucho me temo que no habrá que pensar mucho a quién le va a corresponder esta función en un ente local: al Interventor Municipal, alias "*el sufridor por naturaleza*".

A tales efectos se establecen una serie de etapas: análisis de datos respecto de que bienes se intercambian y los flujos que se producen; valoración de dichos bienes, registro contable de las transacciones, con el correspondiente soporte documental, y información resumida sobre y en las Cuentas Anuales. La incorporación de bienes al Registro permitirá conocer el valor inicial del patrimonio incorporado al inicio de cada ejercicio económico, las variaciones del patrimonio a lo largo de cada ejercicio y el valor final tanto individual como colectivamente de dicho patrimonio en dicho ejercicio económico. El apartado sexto del art. 238 del Reglamento señala que se deberán articular los mecanismos precisos para interrelacionar esta información con el inventario de bienes evitando duplicidades, y añadido yo, que todo ello pasar por establecer en el inventario de bienes la información complementaria necesaria para señalar que se trata

de bienes que forman parte del PPS, aunque todos ellos luego sean objeto de un anexo particular en el que se juntan todos: el Registro de Explotación. Es la forma de conciliar la universalidad que debe tener el Inventario de Bienes con la prevención de disponer de un patrimonio separado del resto de bienes.

El art. 239 del Reglamento señala que cuando se lleve a cabo una transacción sobre bienes o recursos que integren, y por tanto produzcan variaciones en el Registro de Explotación de los PPS, se deberá dar cuenta al órgano competente de gobierno con la actualización correspondiente. El art. 240, por su parte, señala que la valoración de los bienes que se integren o formen parte del Registro de Explotación de PPS, serán valorados según su naturaleza con arreglo a lo establecido en la derogada Ley 6/98, por lo que habrá que entender aplicable el nuevo régimen de valoraciones, ya comentado, de la Ley 8/2007, de suelo estatal.

Finalmente, el art. 242 del Reglamento señala que el Registro de Explotación se actualizará cada año, comprendiendo todas aquellas modificaciones producidas, altas, bajas, cesiones o permutas, cambios de naturaleza jurídica y otros. Lo más coherente, aunque nada diga el desarrollo Reglamentario sobre el particular, es que se haga de forma conjunta con la rectificación anual que del Inventario de Bienes se realice, será la forma de evitar duplicidades, como antes comentamos.

3. Bienes y recursos que integran el PPS. Naturaleza jurídica.

El apartado tercero del precitado art. 74 establece el contenido de los PPS (repetiéndose de forma casi literal en el art. 233.1 del Decreto 183/2004). Integran el mismo, desde los bienes patrimoniales que las Administraciones adscriban a tal destino, pasando por los terrenos y las edificaciones obtenidas en virtud de las cesiones obligatorias que reciban aquéllas por la participación en los aprovechamientos urbanísticos, así como las adquisiciones de bienes o dinero por razón de la gestión urbanística, incluso mediante convenio urbanístico⁴.

Integran los PPS, además, los ingresos percibidos en concepto de canon previstos en la Ley para actuaciones en suelo rústico, terrenos y edificaciones adquiridos por cualquier título, en especial mediante expropiación, para que integren los PPS, así como aquellos que sean adquiridos por razón del ejercicio de los derechos de tanteo y retracto. Cesiones en especie o en metálico derivadas de deberes u obligaciones legales o voluntarias, asumidos en convenios o concursos públicos⁵ y los ingresos obtenidos de la enajenación de terrenos incluidos en los PPS.

⁴ Como hemos comentado con anterioridad, de la redacción del precepto, parece querer indicar la integración en los PPS de todos aquellos bienes y recursos que se obtengan provenientes de la gestión urbanística. Por ejemplo, como posteriormente debatiremos, los ingresos, cesiones de terrenos y construcciones ofrecidas por el urbanizador como mejoras para la adjudicación de los PAI.

⁵ En este sentido, el art. 149 del DLOT Canarias señala en los concursos para la sustitución del propietario a efectos de edificación, que la diferencia entre el precio fijado en la convocatoria y el efectivamente resultante de la adjudicación corresponderá a la Administración convocante, que deberá aplicarlo al patrimonio público de suelo.

4. Destino de los bienes que integran el PPS.

Los bienes integrantes de los PPS, una vez incorporados al proceso urbanizador o edificatorio, se destinarán, atendiendo a la propia naturaleza del bien a los siguientes fines: viviendas sujetas a algún régimen de protección pública⁶; conservación o mejora del medio ambiente o de los propios PPS, así como las ampliaciones de los mismos, actuaciones públicas dotacionales, sistemas generales u otras actividades de interés social. Finalmente, a la propia planificación y gestión territorial y urbanística, en especial, el pago en especie, mediante permuta, de los terrenos obtenidos por ocupación directa de suelo destinado a sistemas generales (art. 76 del Texto Refundido).

El art. 233.3 del Reglamento añade, como destino, al margen de los supuestos mencionados: la conservación o mejora del patrimonio histórico; la protección del espacio litoral, operaciones integradas o aisladas de iniciativa pública de rehabilitación o renovación urbana residencial y actuaciones en áreas sujetas a procesos de renovación, rehabilitación o sustitución de plazas alojativas turísticas.

Cuando su uso sea residencial, los bienes integrantes de los PPS se destinarán prioritariamente a la construcción de VPO. Excepcionalmente, previo acuerdo de la Administración titular del patrimonio, que habrá de notificarse fehacientemente al Instituto Canario de la Vivienda en el plazo de quince días a partir de la fecha de su formulación, mediante certificación municipal en la que se declare expresamente que están cubiertas las necesidades de vivienda protegida en su territorio competencial y, en consecuencia, el carácter innecesario de dicho destino, esos bienes podrán ser destinados alternativamente a los otros fines comentados en el primer párrafo de este apartado.

5. Gestión de los PPS.

La gestión de los PPS es llevada a cabo, directamente, por los órganos competentes en materia urbanística, o bien, del contenido de la letra c/ del art. 77 del DLOT Canarias, dedicado a las cesiones gratuitas entre Administraciones Públicas, por las entidades públicas de ellas dependientes o adscritas, para la ejecución de dotaciones o de otras instalaciones de utilidad pública o interés social.

Ya hemos comentado como la acción se puede y se debe llevar de forma coordinada entre las distintas Administraciones Públicas con competencia en materia de suelo. Además, existe la posibilidad de formar consorcios insulares para llevar a cabo el cumplimiento de esta finalidad -apartado c/, art. 233.3 del Decreto 183/2004-.

6. Disposición de los bienes del PPS. Enajenaciones, cesiones, etc...

El art. 77 del texto legal se dedica a la enajenación de los bienes procedentes de PPS (que es reproducido de forma casi literal por el art. 234 del Decreto 183/2004). Se

⁶ El art. 233.3 del Reglamento señala que las políticas de vivienda se integrarán con las políticas de suelo, de modo que las Administraciones Públicas realizarán acciones concertadas de ordenación, planificación en materia de viviendas y adquisición de PPS.

permite la enajenación mediante cualquiera de los procedimientos de adjudicación de contratos previstos en el TRLCAP, dando prioridad a las adquisiciones destinadas a cubrir necesidades de usos dotacionales educativos o sanitarios, cuando los permitan la regulación de los instrumentos urbanísticos. El precio a satisfacer por el adjudicatario no podrá ser inferior al que corresponda, de acuerdo con los criterios de la Ley 6/98 (habrá que entenderlo referido al sistema de valoraciones de la Ley 8/2007), en función del aprovechamiento urbanístico que tenga atribuido el terreno.

Ahora bien, si a tenor de lo dispuesto en el art. 74.3 del propio DLOTCanarias, integran los PPS el importe de la enajenación de estos bienes, y si su destino, en los supuestos de uso residencial, es la construcción de VPO, habrá que matizar el contenido del precepto, en el sentido de entender que siempre que estén cubiertas las necesidades de VPO, o bien, se trate de enajenaciones de bienes de PPS que no provengan de cesiones de bienes que conforman los aprovechamientos urbanísticos en desarrollos urbanísticos de suelo residencial.

Se permite la cesión gratuita o por precio fijado para el fomento de viviendas sujetas a cualquier régimen de protección pública o la realización de programas de conservación o mejora medioambiental, bien a cualquiera de las otras Administraciones públicas territoriales o entidades públicas mediante convenio suscrito a tal fin, bien a entidades cooperativas o de carácter benéfico o social sin ánimo de lucro mediante concurso.

Las cesiones gratuitas entre Administraciones Públicas o entidades dependientes de aquéllas ya fueron objeto de comentario anterior, para la ejecución de dotaciones o de otras instalaciones de utilidad pública o interés social, siempre y cuando estén cubiertas las necesidades de vivienda protegida -añado yo, de nuevo-. Por lo que hace referencia a las permutas que afecten a bienes integrantes de los PPS, es posible directamente en los supuestos de tramitación de un procedimiento de ocupación directa para la obtención de terrenos destinados a sistemas generales o terrenos incluidos en Espacios Naturales Protegidos. De igual forma, es posible la permuta directa o la cesión de uso de bienes de los PPS a entidades religiosas o benéfico-sociales oficialmente reconocidas, siempre y cuando su destino sea sociosanitario, educativo o de culto.

Además, se añade una nueva letra f/ al art. 77.1 del DLOTCanarias por la Ley 1/2006, de 7 de febrero, de modificación de la Ley de Viviendas de Canarias 2/2003, en el sentido de que los bienes de los PPS destinados a construir viviendas sujetas a algún régimen de protección pública serán cedidos, gratuitamente, a favor de la Administración u organismo competente para realizar la promoción, cuando se reservan para la construcción de viviendas protegidas de promoción pública, al contrario, cuando la promoción sea de iniciativa privada para construir VPO serán enajenados mediante concurso público.

En los supuestos de procedimientos de concurrencia que quedaren desiertos, la correspondiente Administración urbanística actuante los podrá enajenar directamente, dentro del año siguiente, con sujeción a las mismas condiciones que para su enajenación en régimen de competencia.

El art. 234.3 del Reglamento señala que la limitación de la enajenación de aquellos bienes que deban permanecer en el patrimonio público de suelo se producirá mediante

acuerdo corporativo adoptado con los requisitos y formalidades establecidos en la normativa de régimen local.

7. Reservas de terrenos y su incorporación al proceso urbanizador.

Se permite la posibilidad legal reconocida en el art. 75 del Texto Refundido, para que el planeamiento establezca, en cualquier clase de suelo, reservas de terrenos de posible adquisición para la constitución o ampliación por la Administración del correspondiente patrimonio público de suelo. Existe, no obstante, una limitación contenida en el art. 79 del DLOTCanarias, como es la imposibilidad de ejercer los derechos de tanteo y retracto y, por ende, de establecer áreas de reserva, en las zonas de uso tradicional, general y especial de los Parques Rurales⁷.

Cuando se realice la delimitación del ámbito de reserva, se deberá expresar la finalidad a la que deben destinarse las eventuales adquisiciones, que habrán de ser -de conformidad con lo establecido por el art. 79 del DLOTCanarias-: ejecución de actuaciones públicas de relevante interés económico o social y realización de programas públicos de protección ambiental, reforestación o de desarrollo agrícola de carácter demostrativo o experimental.

Dicho establecimiento comporta la declaración de utilidad pública y la necesidad de ocupación de dichos bienes, a efectos de la correspondiente expropiación forzosa, en el plazo máximo de cuatro años, prorrogable por otros dos más⁸, siempre y cuando se justifique la misma, previa información pública y audiencia de los propietarios afectados, por plazo común de 20 días. Será preceptiva para la eficacia de la prórroga, además, la comunicación a la Administración de la CC.AA o cabildo insular y la publicación en el Boletín Oficial de Canarias o, en el BOP, en su caso.

El otro efecto con la delimitación antedicha, supone la sujeción de todas las transmisiones de los terrenos incluidos en las áreas de reservas establecidas por el planeamiento, a los derechos de tanteo y retracto previstos en la Ley a favor de la Administración urbanística competente, como hemos comentado anteriormente. Ello conlleva que por el particular se comunique a la Administración competente la transmisión, en la forma y condiciones que establece el art. 236 del Decreto 183/2004, es decir, comunicación a la Administración que se señale en el instrumento que establezca el área de reserva y, en caso de no señalarse ninguna Administración competente, a la Consejería de la Administración Pública de la CC.AA Canaria competente en materia de ordenación del territorio y medio ambiente, siempre que dicha propiedad esté incluida total o parcialmente dentro de un Espacio Natural Protegido, y al Cabildo Insular en caso contrario.

A dicha comunicación se le acompañará copia de la documentación que acredite la titularidad y las cargas y derechos que pesen sobre la finca, y además deberá señalarse el precio y condiciones de la transmisión –art.236.2 del Reglamento-. El plazo para el ejercicio del derecho de tanteo será de tres meses desde la notificación por el titular del

⁷ Ver el contenido del art. 235 del Decreto 183/2004, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo del DLOTCanarias, en esta materia.

⁸ En los supuestos de suelo urbano, los plazos para la necesidad de ocupación y su posible prórroga, quedarán reducidos a la mitad.

precio a la Administración, y de un año en caso de retracto (art. 79.2 del Texto Refundido y 236.3 del Reglamento).

8. *Consignación de créditos en los Presupuestos Municipales para el PMS.*

No se establece prevención obligatoria en este sentido, en la normativa urbanística autonómica que ha sido objeto de estudio. No obstante, el art. 232.3, apartado a/, del Decreto 183/2004, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo del DLOTCanarias, en esta materia, señala que las Administraciones Públicas Canarias deberán desarrollar el patrimonio público de suelo, como instrumento básico de intervención en el mercado, mediante, entre otras fuentes, las aportaciones directas por parte de las administraciones, desarrollando un programa específico de dotación económica para tal fin.

Es cierto que su obligación debiera venir impuesta por una norma con rango de ley, pero ya tenemos una cierta prevención que va en la línea de lo que han exigido otras CC.AA en su normativa: la aportación de un determinado porcentaje a los PMS, por parte de las Corporaciones Locales.

9. *Otras determinaciones.*

Es notorio señalar, el contenido del art. 27 de la Ley de Vivienda de Canarias⁹, al señalar que en los municipios declarados de preferente localización de viviendas protegidas, los planes generales habrán de destinar a la construcción de viviendas sujetas a algún régimen de protección pública como mínimo el 20% total del suelo residencial útil, sea urbano inmerso en operaciones de reforma interior que deban ser ejecutadas mediante unidades de actuación, siempre que sea técnicamente posible, o sea suelo urbanizable.

Como vemos, a partir de la entrada en vigor de la Ley 8/2007, ese porcentaje será insuficiente, como ya hemos tenido ocasión de comentar este aspecto y sobre el que volveremos en el apartado siguiente.

La determinación mínima y obligatoria de afectación de suelo a que obliga la Ley, podrá ser alcanzada por la afectación expresa y vinculante de bienes del PMS del municipio afectado. En este caso, la afectación expresa de esos bienes por el planeamiento, en particular de aquellos que procedan de las cesiones obligatorias y gratuitas como aprovechamientos urbanísticos, será causa para reducir proporcionalmente el porcentaje de superficie de suelo destinado a la construcción de viviendas sujetas a protección pública.

Finalmente, es interesante señalar el contenido del art. 237 del Decreto 183/2004, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo del DLOTCanarias. Bajo el sobrenombre de medida cautelar para garantizar la obtención no onerosa del suelo de cesión obligatoria y gratuita, el precepto señala que los terrenos incluidos en un ámbito de suelo urbano no consolidado, en un sector de suelo urbanizable o, en su caso, en una

⁹ Ley 2/2003, de 30 de enero, de Presidencia del Gobierno de Canarias, BOE 56/03 de 6 de marzo.

unidad de actuación, que el planeamiento reserve y destine para elementos integrantes de los sistemas generales¹⁰ o de los sistemas locales de red viaria, dotaciones y espacios libres públicos, así como cualquier otro suelo de cesión obligatoria y gratuita a favor de la Administración, no podrán ser adquiridos de forma onerosa por ninguna Administración Pública, organismos autónomos, entes públicos o entidades mercantiles públicas o mixtas de carácter instrumental.

Se exceptúa de lo anterior, la adquisición de terrenos en ámbitos, sectores o unidades cuyo desarrollo se determine por el sistema de expropiación, y se haya alcanzado con los propietarios acuerdo de compra por cantidad igual o inferior a la que resultaría del justiprecio a abonar por la tasación conjunta. Será posible la ocupación directa de los terrenos, a través del procedimiento establecido al efecto, cuando la Administración necesite de forma urgente la obtención de un suelo de cesión obligatoria y gratuita.

El contenido del precepto es muy interesante, y todo ello debido a que existe una práctica viciosa y, por desgracia, generalizada, de adquirir mediante una compraventa por mutuo acuerdo, al precio que se haya pactado con el propietario y que los servicios técnicos, normalmente, por el método de comparación de lo que se ha pagado en la zona por otras fincas parecidas justifican de forma adecuada, de pagar terrenos que son de cesión obligatoria y gratuita.

D. Los ajustes necesarios a realizar en la normativa autonómica de Canarias.

Bajo este rimbombante título, vamos a comentar, entre otras modificaciones que deberán producirse en la normativa autonómica urbanística de Canarias, centrándonos, especialmente, en los aspectos que nos traen causa o están íntimamente relacionados con ellos. Seguramente, las modificaciones no sólo afectarán a la normativa sobre ordenación territorial y urbanismo de la CC.AA, sino también sobre la normativa de viviendas.

1. Las modificaciones de carácter más general relacionadas con los PPS.

La adaptación de los tipos de suelo a suelo rural y suelo urbanizado provocará ineludibles consecuencias jurídicas, no se trata sólo de un cambio de denominación, sino como ya hemos tenido ocasión de comentar con anterioridad, se trata de un cambio de filosofía. Ello hará que en la regulación autonómica que se lleve a cabo, se deberán tener en cuenta los derechos y deberes de los propietarios de ambos tipos de suelo, en especial del suelo rural que deberá tener esta clasificación jurídica y que, en la actualidad, se encontraba incluido en el suelo urbano no consolidado.

Seguramente sobre el suelo urbanizable las modificaciones, desde un punto de vista práctico, no serán tan importantes como a los propietarios de suelo urbano no consolidado. Recordar que otro dato importante supondrá la distinta valoración que tendrá cada tipo de suelo, evitando, al menos en teoría, cualquier tipo de especulación

¹⁰ Incluidos los sistemas generales adscritos a un sector de suelo urbanizable, a tenor del apartado tercero del art. 237 del Decreto 183/2004.

que pueda pesar sobre la clasificación de suelo, en función del desarrollo urbanístico que tenga.

Dicho con otras palabras, o el suelo se transforma y se convierte en suelo urbanizado o tiene la clasificación jurídica de suelo rural, con las obligaciones de conservación, etc... que pesan sobre el mismo. Con ello el legislador pretende que no se queden suelos empastrados -en la terminología utilizada por Lorente Tallada- que no ostenten la calificación de suelo urbano consolidado (ahora suelo urbanizado), pero que, evidentemente, no podemos señalar que se trate de un suelo rural. Lo que se pretende es que la transformación se lleve a cabo -ver el contenido del art. 14 de la Ley 8/2007, sobre actuaciones de transformación urbanística-, y el primer interesado sea el propietario del suelo, haciéndose eco de las obligaciones que dicha transformación va a suponer. Si la misma no se lleva a cabo, el suelo tendrá la clasificación de suelo rural pesando sobre el mismo los deberes de conservación antes aludidos, y la valoración de dicho suelo distará mucho de la que realmente podría llegar a alcanzar, si se finalizasen las obras de urbanización, pongamos por caso, que pudieren estar pendientes.

El porcentaje de reserva de viviendas destinadas a protección oficial, ante cualquier desarrollo urbanístico, se deberá actualizar en los distintos instrumentos de ordenación urbanística, como ya hemos tenido ocasión de comentar, siendo esta prevención legal de directa aplicación en el plazo de un año desde la entrada en vigor de la Ley sino se acomete por el legislador autonómico las oportunas actualizaciones legislativas. Esta consideración tendrá un efecto directo sobre los PPS, concretamente en el caso de la CC.AA de Canarias que establecía unos porcentajes inferiores y en Municipios declarados de preferente localización de viviendas protegidas, permitiendo excepcionar que los bienes integrantes de los PPS se destinasen a su vez a nuevas viviendas de VPO, en los porcentajes que vía planeamiento ya se hubiesen destinado, aunque tendremos ocasión de comentarlo con mayor detalle en el siguiente apartado.

Finalmente, la actualización de los porcentajes de cesión obligatoria y gratuita de terrenos, como deberes legales de las actuaciones de transformación urbanística, van a suponer, si como todo hace pensar el legislador autonómico opta por el tramo más alto del arco establecido por el legislador estatal, en unos porcentajes de cesión que incrementarán los PPS de forma considerable, permitiendo a las Administraciones Públicas mayores posibilidades de financiación en materia de viviendas de protección oficial u otros usos de interés social, algo que, dicho sea de paso, también deberá determinar el legislador autonómico.

2. Modificaciones necesarias en la normativa autonómica en materia de PPS.

Como una primera aproximación o comentario general podemos afirmar que de un análisis bastante exhaustivo de la normativa autonómica no existen grandes problemas en entenderla aplicable por no diferir esencialmente, antes al contrario, con el contenido de la nueva normativa estatal objeto de promulgación por la Ley 8/2007.

Es más, podemos afirmar que tanto en los referente a los bienes integrantes, tanto el contenido del art. 74.3 del DLOTCanarias y el art. 233.1 del Decreto 183/2004, se ajustan perfectamente al contenido del art. 33.1 de la Ley 8/2007. De igual forma el destino establecido en el art. 34.1 de la Ley 8/2007 encaja perfectamente en el destino

de los PPS previsto tanto por el art. 76 del DLOTCanarias y 233.3 del Decreto 183/2004. Si cabe, la reflexión que uno podría realizar es que es aún más restrictiva la normativa autonómica cuando exige que las cesiones obligatorias y gratuitas por aprovechamientos urbanísticos susceptibles de apropiación por la Administración se deben utilizar para la promoción de viviendas protegidas, quedando excepcionados en casos debidamente justificados.

Los únicos ajustes que tendrían que realizarse, en esta materia, por el legislador autonómico podríamos enumerarlos en los siguientes:

- Las valoraciones a que se refieren los artículos 77 del DLOTCanarias y 234 del Reglamento aprobado por Decreto 183/2004 (cuando se refieren al precio de enajenación de bienes integrantes de los PPS en los concursos públicos que las Administraciones Públicas convoquen) se remiten a la Ley 6/98, derogada por la Ley 8/2007, pero lo que es aún mucho más importante, establecen los preceptos autonómicos que la valoración será con arreglo al aprovechamiento urbanístico que tenga ya atribuido el terreno, normalmente superior al valor a que se refiere el art. 34.2 de la Ley 8/2007, respecto de los terrenos adquiridos por cesiones por aprovechamientos urbanísticos a que se refiere, el tantas veces citado, art. 16.1, letra b/, de dicha Ley.

Ello significará que habrá que valorar los bienes con arreglos a los criterios de la Ley 8/2007, y, además, que cuando se trate de cesiones por aprovechamientos urbanísticos del art. 16.1 b/ de la Ley estatal, deberá respetar la valoración que no podrá ser superior al valor máximo de repercusión del suelo sobre el tipo de vivienda protegida de que se trate, conforme a su legislación reguladora. El resto de bienes que integran los PPS y que provengan de otras fuentes distintas a las precitadas cesiones, entiendo que pueden ser objeto de valoración con arreglo al aprovechamiento urbanístico que tenga ya atribuido el terreno. Ahora bien, si se van a destinar a VPO estaremos otra vez como al principio, porque lo que el legislador estatal pretende es evitar la especulación del suelo, no sólo por particulares, sino a veces por la propia Administración que eleva el precio de salida del suelo y ello encarecerá, directamente, las viviendas de VPO que se construyan.

Por tanto, si el destino de esos bienes son otros usos de interés social, su valoración podrá no ajustarse, en mi modesta opinión, al aprovechamiento urbanístico que tenga atribuido el terreno, si así lo establece la normativa autonómica de aplicación, caso contrario regirá el valor señalado en el art. 34.2 de la Ley 8/2007, para lo que habrá que modificar la normativa autonómica en cuestión -no es el caso sólo de la CC.AA Canaria, Andalucía, etc...-.

- Algo similar sucede, porque es la otra cara de la misma moneda, respecto del contenido del art. 240 del Reglamento aprobado por Decreto 183/2004, respecto a la valoración de bienes en el Registro de Explotación a que se refiere el art. 74.2 del DLOTCanarias, y desarrollado en los arts. 238 a 242 del Reglamento. La valoración se deberá realizar con arreglo a los criterios de la Ley 8/2007, y no la derogada Ley 6/1998, y teniendo en cuenta los criterios arriba señalados.

- Como consideración de matiz, cuando los arts. 76 del DLOT Canarias y 233.3 del Decreto 183/2004 regulan el destino que se puede dar a los bienes y recursos que integran los PPS, cuando se refieren a gastos de conservación, habrá que tener en cuenta la peculiaridad, ya comentada y no exenta de crítica por mi parte, respecto de la necesidad de que dichos gastos sean siempre de capital, con arreglo a lo establecido en el art. 33.2 de la Ley 8/2007. Respecto de los gastos de mejora ofrece menos problemas, porque normalmente las mejoras producirán un incremento de valor en los bienes que será fácilmente inventariables y catalogables como gastos de inversión y, por ende, de capital.
- Por último, como hemos anticipado en el apartado anterior, los nuevos porcentajes de reserva que se deben contener en los distintos instrumentos de ordenación urbanística, de conformidad con lo preceptuado por el art. 10, letra b), de la Ley 8/2007, hará que ineludiblemente se tenga que modificar el art. 27 de la Ley 2/2003, de 30 de enero, de Vivienda de Canarias. Dicho precepto señala en su apartado primero que en los municipios declarados de preferente localización de viviendas protegidas, los planes generales habrán de destinar a la construcción de viviendas sujetas a algún régimen de protección pública como mínimo el 20% del total del suelo residencial útil, sea urbano inmerso en operaciones de reforma interior que deban ser ejecutadas mediante unidades de actuación, siempre que sea técnicamente posible, o sea suelo urbanizable.

Ello significará que tanto la normativa Urbanística como la de Vivienda de Canarias deberá ser objeto de adaptación a los designios del art. 10 de la Ley 8/2007. Ya no será una excepción que se trate de municipios declarados de preferente localización, sino una cosa habitual en todo tipo de municipios. Acaso la normativa autonómica lo que podría es determinar acumular porcentajes superiores al 30% o el mínimo que determine la normativa autonómica para VPO, liberando así otros desarrollos urbanísticos de ese porcentaje mínimo de reserva para vivienda protegida. Pero sea como fuere lo que es indubitado es la necesidad de modificación de dichas normativas para acomodarse al precepto básico estatal precitado.

- Como continuación a lo anterior, el apartado segundo del art. 27 de la ley de Vivienda de Canarias señala que la determinación mínima y obligatoria de afectación de suelo a que se refiere el apartado anterior podrá ser alcanzado por la afectación expresa y vinculante de bienes del patrimonio municipal del suelo del municipio afectado. En este caso, la afectación expresa de esos bienes por el planeamiento, en particular de aquellos que procedan de la cesión obligatoria y gratuita que ordena la legislación urbanística, será causa para reducir proporcionalmente el porcentaje de superficie de suelo destinado a la construcción de viviendas sujetas a protección pública.

Quiere ello decir, que en virtud de la normativa autonómica de Vivienda, existía una vinculación entre el porcentaje de reserva en los instrumentos de planeamiento y la figura de los PPS. Nada obstaculiza -ni tampoco ahora la normativa estatal por mor de la Ley 8/2007-, que la normativa autonómica, ya sea la de Vivienda, Ordenación Territorial y Urbanismo, o, ambas, establezcan el cumplimiento de los parámetros mínimos de edificación residencial destinadas a VPO, pero que eso suponga una liberación parcial o total a la

obligación contenida en el art. 76 del DLOTCanarias respecto del destino de los bienes integrantes de los PPS cuando dichos bienes han sido objeto de cesión obligatoria y gratuita por aprovechamientos urbanísticos a que se refiere ahora el art. 16.1, letra b/, de la Ley 8/2007.

De tal suerte, que será el legislador autonómico el que, una vez cumplido el porcentaje mínimo de reserva para VPO fijado por la legislación autonómica, en los términos del art. 10, letra b), de la Ley 8/2007, en los instrumentos de planeamiento, establezca el destino de los bienes integrantes de los PPS en los mismos términos restrictivos que los actuales, es decir, destino de nuevo para VPO, o en términos mucho más flexibles, permitidos ahora sí, tanto de bienes como de recursos, por el art. 33.2 de la Ley 8/2007, a otros usos de interés social. Es más, me aventuro a pronosticar, teniendo en cuenta el precedente del propio art. 27.2 de la Ley de Vivienda de Canarias, que el legislador autonómico flexibilizará el contenido del art. 76.2 del DLOTCanarias, favoreciendo el acceso a una vivienda digna y adecuada pero permitiendo el uso de instrumentos como el PPS para finalidades no sólo de VPO, sino de otros usos de interés social, y provengan los bienes que integran aquéllos de cesiones del art. 16.1, letra b/, de la Ley 8/2007, o de otras fuentes.

II. *El derecho de superficie.*

Respecto a este derecho, la CC.AA de Canarias no dispone de regulación propia sobre el derecho de superficie, acaso sea porque al tratarse de una competencia plena del legislador estatal, como sucedía con los preceptos que quedaban vigentes del TRLS92, y que ahora han sido objeto de derogación por la Ley 8/2007.

Concretamente, el régimen jurídico vigente hasta la promulgación y entrada en vigor de la Ley 8/2007, eran los arts. 287.2 y 3; 288.2 y 3, y 289 del TRLS92, todos ellos de aplicación plena. Con carácter supletorio tenemos los arts. 171 a 174 del TRLS76, aunque también derogados sino totalmente, parcialmente, por la nueva regulación contenida en los arts. 35 y 36 de la Ley 8/2007.

A. Evolución con arreglo a la anterior legislación derogada del Derecho de Superficie.

Sobre este particular, podemos comentar los preceptos del TRLS92, antes citados, algún residuo contenido en la también derogada LRSV y la regulación supletoria del TRLS76 que, aún seguía vigente.

1. *Preceptos de aplicación de la LRSV en relación con el derecho de superficie.*

Merece la pena comentar la influencia de tres preceptos de la LRSV que afectan, en determinada manera, al derecho de superficie.

El primero de ellos, era el art. 32.1 de aplicación plena, relativo a la valoración de las concesiones administrativas y de los derechos reales sobre inmuebles, entendiendo que es plenamente aplicable al derecho de superficie en la valoración de los mismos, las

disposiciones sobre expropiación que específicamente determinen el justiprecio, y subsidiariamente, según las normas del Derecho Administrativo, Civil o Fiscal que resulten de aplicación.

En segundo lugar, la disposición adicional 5ª de la Ley, de carácter básico, establecía el ámbito de aplicación de la misma, sin perjuicio de los específicos regímenes forales vigentes en esta materia.

Y, en tercer lugar, la aplicación de la disposición derogatoria única de la LRSV que declaraba vigentes los arts. 287. 2 y 3, 288.2 y 3 y 289 del TRLS92 encargados de la regulación de contenido material del derecho de superficie.

2. Regulación plena del derecho de superficie en el derogado TRLS92.

El primer apartado del art. 287, declarado inconstitucional por la STC nº 61/97, establecía la posibilidad de constitución del derecho de superficie por las Entidades Locales y las demás personas públicas, en terrenos de su propiedad o integrantes del PMS con un destino claro: la construcción de viviendas sujetas a algún régimen de protección pública o, a otros usos de interés social. El apartado segundo del precepto que continuaba vigente tras la sentencia, dado el carácter de aplicación plena del mismo, extendía el presente derecho a los particulares, sin la limitación de destino comentada con anterioridad.

El derecho de superficie sería transmisible y susceptible de gravamen con las limitaciones que se hubieren fijado en el momento de su constitución. El orden de fuentes será la regulación de carácter pleno y básico estatal, la legislación que las CC.AA hayan promulgado en este sentido, dentro de sus competencias, así como las determinaciones que las partes hubieran pactado en el momento de su constitución. Subsidiariamente, para todas aquellas cuestiones que no se hubieren regulado legal o convencionalmente, se estaría a lo que dispongan las normas del Derecho privado (apartado tercero del art. 287).

La constitución del derecho de superficie debería formalizarse en escritura pública, debiendo inscribirse en el Registro de la Propiedad, como cualquier otra inscripción sin especialidad de ninguna índole¹¹, condición sine quanon para que pueda desplegar sus efectos jurídicos (art. 288.2 TRLS92).

Como decíamos cuando realizamos el comentario general sobre este derecho, cuando su constitución es a título oneroso, la contraprestación del superficiario podría consistir en el pago de un canon periódico o, una cantidad a tanto alzado, así como en la posibilidad de adjudicación de viviendas o locales o derechos de arrendamiento, sin perjuicio de la reversión total de lo edificado al finalizar el plazo que se hubiera pactado al titular del terreno sobre el que se hubiera constituido el derecho de superficie, sin que se deba satisfacer indemnización de ninguna índole (art. 289.3 TRLS92).

Cuando los terrenos sobre los que se hubiera constituido el derecho de superficie, formasen parte integrante de los PPS o así se determinase expresamente, la finalidad

¹¹ En este sentido, el Real Decreto 1093/97, antes citado, no establece ninguna regulación específica sobre la forma de inscripción del derecho de superficie, como si de cualquier otro derecho real se tratase.

debía perseguir la construcción de viviendas sujetas a algún régimen de protección pública o, a otros usos de interés social.

Dada la finalidad del derecho de superficie urbanístico, éste se extinguiría si no se edifica en el plazo previsto (art. 289.1 TRLS92), no pudiendo exceder el plazo de constitución del mismo de 75 años para el supuesto de entes públicos, ni de 99 para el constituido entre particulares, a tenor del apartado segundo del precitado precepto.

La extinción del derecho de superficie por transcurso del plazo por el que se hubiere constituido, supondría la extinción de cualquier otro derecho (ya sea real o personal) que tuviere constituido el superficiario sobre el mismo. En caso de que recayesen sobre la misma persona el derecho de propiedad y de superficie, se mantendrían las cargas que pesasen sobre uno y otro (apartados 4 y 5 del art. 289 del TRLS92).

3. Regulación supletoria contenida en el TRLS76.

La regulación supletoria se contiene en los arts. 171 a 174 del TRLS76 no derogados expresamente por el TRLS92, a tenor de la reposición en vigor de los mismos por mor de la STC nº 61/97, tantas veces citada. En este sentido, con un tenor parecido al contenido del ahora derogado art. 287.1 del TRLS92, de carácter supletorio y, por esta razón, declarado inconstitucional por la sentencia arriba señalada, el art. 171 del TRLS76 viene a señalar la posibilidad de constitución de este derecho sobre terrenos de propiedad de las distintas Administraciones Públicas y entes dependientes de las mismas, así como entre particulares, con una finalidad similar a la ya estudiada, aunque como veremos la nueva regulación establecida por la Ley 8/2007, ya establece esta posibilidad.

Señala el art. 172 del TRLS76, en defecto de legislación autonómica sobre el particular, que la concesión del derecho de superficie por el Estado y demás personas públicas se efectuará por subasta o por adquisición directa o como consecuencia de haberse procedido a una expropiación parcial del dominio del suelo. En mi opinión, y a pesar de no citarse expresamente, precepto aplicable a las Entidades locales en defecto de regulación autonómica específica sobre la materia.

Finalmente, el art. 174 recoge las determinaciones del derogado art. 290 del TRLS92¹², permitiendo la aplicación, al derecho de superficie concedido por Administraciones Públicas o constituido entre particulares, de las ventajas que se establezcan en la legislación oficial protectora de viviendas.

B. Jurisprudencia de interés con arreglo a la legislación anterior.

Multitud de pronunciamientos judiciales podríamos encontrar en lo relativo a la materia del derecho real de superficie en el ámbito civil. Sin embargo, la jurisprudencia existente sobre el derecho de superficie en su perspectiva o ámbito jurídico público-urbanístico es mucho menor. Acaso sea por la regulación bastante clara contenida en los

¹² Derogado por la STC nº 61/97.

textos legales o, tal vez sea por no estar en presencia de una figura que hayan utilizado con frecuencia las Administraciones Públicas.

Sea como fuere, por un importante sector doctrinal se ha llegado a afirmar la existencia de dos modalidades que podía revestir el derecho de superficie: una, la urbana o clásica común, que por dar satisfacción a intereses puramente particulares y recaer sobre suelos de esta naturaleza no tiene por qué verse afectada por una regulación distinta de la que establece el Derecho civil, la otra, denominada urbanística, al constituir uno de los instrumentos de que la Administración desea valerse para intervenir en el mercado del suelo y promover, fundamentalmente, construcción de viviendas o de otras edificaciones determinadas en los Planes de Ordenación, ha de someterse a los preceptos imperativos legales¹³.

Sin embargo, este argumento ha sido rechazado por la Sala 1ª del Tribunal Supremo, en sentencia de 26-11-2.002, al señalar que existe una única regulación del derecho de superficie con consecuencias diferentes en función de los titulares y finalidades que intervengan en el negocio jurídico en el momento de conceder o constituir el derecho de superficie.

Bajo esta argumentación, el Tribunal Supremo ha venido en señalar, en la sentencia precitada, que la formalización en documento público e inscripción registral como requisito de eficacia, es una obligación legal impuesta por la normativa urbanística que debe cumplirse cuando las Administraciones Públicas concedan el derecho de superficie. Sin embargo, dicha obligación no es de aplicación cuando estemos en presencia de la constitución de un derecho real de superficie entre particulares. Véase un párrafo del fundamento jurídico tercero de la mencionada sentencia:

“...De ahí, que en la Ley 428 del Fuero Nuevo de Navarra se permita la constitución inter vivos o mortis causa del derecho de superficie y simplemente se afirme que el mismo es inscribible e hipotecable, sin sujetarlo al régimen de inscripción registral constitutiva. A su vez, en el artículo 3 de la Ley 22/2001, de Cataluña, se establece que tal derecho habrá de constar por escrito, si bien cuando se atribuya al superficiario legitimación para la realización de construcciones o plantaciones futuras será preciso el otorgamiento de escritura pública.

En atención a cuanto queda expuesto ha de llegarse a la conclusión de que la operación concertada por la Asociación de Propietarios recurrente y el actor, al no rebasar la esfera de los intereses particulares de una y otro, no se hallaba sujeta a la exigencia de inscripción registral constitutiva que para que el derecho de superficie alcance existencia y eficacia jurídica, establece la Ley del Suelo, pues ésta no es aplicable al supuesto aquí debatido, ya que los intervinientes en el mismo no son los destinatarios de dicha norma...”

Otro aspecto de importancia es la categoría de los bienes sobre los que puede recaer los derechos de superficie. Del tenor literal de los textos legales, los distintos preceptos se refieren a bienes propiedad de los distintos entes públicos o bienes que integren los PPS. De una primera lectura no suscitarían dudas sobre la categoría jurídica de los

¹³ Hasta la promulgación de la Ley 8/2007 eran los preceptos legales de aplicación plena del TRLS92 tantas veces citados, así como la legislación autonómica de aplicación y, en defecto de ésta, la regulación supletoria estatal contenida en el TRLS76.

bienes, entendiendo que sobre cualquiera de ellos podría recaer el derecho real de superficie. Sin embargo, la STS de 28-04-1.992 parece distinguir entre derechos reales de carácter administrativo y derechos reales de carácter civil que pueden constituir las Administraciones Públicas, otorgando un distinto tratamiento a unos y otros, en cuanto sobre qué tipos de bienes pueden recaer.

En este sentido, el fundamento jurídico segundo de la precitada sentencia señala lo siguiente:

“Todo derecho real, confiere a su titular un poder inmediato sobre su objeto. Dentro de los derechos reales de disfrute, la doctrina más cualificada, comprende el derecho real de superficie, precisando que la especialidad más característica del mismo descansa en la necesidad de separar el titular de lo construido (superficiario) que disfruta del suelo ajeno en tanto domina lo construido, y el dueño del suelo sobre el que se construye.

Al contemplar los derechos reales y sus efectos en el ámbito del Derecho Administrativo, es necesario distinguir entre los derechos reales de carácter administrativo que siempre que recaigan sobre bienes propios, éstos deben ser bienes de dominio público, y los derechos reales de carácter civil que siempre que recaigan sobre bienes propios, éstos han de ser bienes patrimoniales de la Administración. Tal distinción es esencial, desde el punto de vista del Derecho Administrativo, ya que, como regla general, el régimen jurídico de los bienes patrimoniales de la Administración es el mismo que el Derecho Civil establece para la propiedad privada (arts. 338, 340 y 344 del Cc)”.

A tenor de la argumentación expuesta, no queda claro la legislación aplicable en cada caso, en función de la naturaleza jurídica del bien (el suelo), es decir, tenga carácter patrimonial o demanial, máxime, cuando la normativa urbanística que lo regule no hace diferencia sobre el tipo de suelo, bastando la propiedad del mismo.

La explicación puede venir motivada por el régimen de aplicación respecto de los efectos y extinción del derecho de superficie, aplicándose un distinto régimen, en función de la calificación jurídica del bien, ya sea de dominio público o patrimonial, pero no en cuanto a su constitución, dado que los textos legales permiten la constitución del mismo sobre bienes que reúnan el único requisito de ostentar la propiedad sobre el mismo.

Afortunadamente, sea como fuere la interpretación que se pueda mantener, no interfiere en la posibilidad de la constitución de dicho derecho sobre los bienes que integran los PPS, al tener la categoría de patrimoniales, aunque se encuentren (o se deban encontrar) recogidos en un patrimonio separado, y con la aplicación de un destino específico.

C. La nueva regulación legal del derecho de superficie en la Ley 8/2007.

Dicho derecho de superficie viene regulado por los artículos 35 y 36 del nuevo texto legal, no separándose en exceso del régimen legal que venía estando vigente y que hemos tenido ocasión de comentar en apartados precedentes. La principal diferencia estriba, al margen de algún aspecto novedoso que vamos a comentar en el apartado

siguiente, en que se trata de una regulación coherente que no ha sufrido derogaciones de apartados de preceptos como sucedió con el derogado TRLS92, como consecuencia de la STC nº 61 de 20-03-1997.

El Derecho real de superficie 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 de las construcciones o edificaciones realizadas. También puede constituirse dicho derecho sobre construcciones o edificaciones ya realizadas o sobre viviendas, locales o elementos privativos de construcciones o edificaciones, atribuyendo al superficiario la propiedad temporal de las mismas, sin perjuicio de la propiedad separada del titular del suelo -art. 35.1 de la LS2007-.

Para que el derecho de superficie quede válidamente constituido por el propietario del suelo, sea público o privado, se requiere su formalización en escritura pública y la inscripción de ésta en el Registro de la propiedad. El carácter de la constitución como señalaba el derogado art. 288.2 del TRLS92, entendemos que tiene carácter constitutivo, de conformidad con lo dispuesto en este sentido por el art. 107.5 de la LH. En la escritura deberá fijarse necesariamente el plazo de duración del derecho de superficie, que no podrá exceder de noventa y nueve años, en virtud del apartado segundo del precitado art. 35 de la LS2007.

El derecho de superficie puede constituirse a título oneroso o lucrativo. En los supuestos de constitución del derecho de forma onerosa, la contraprestación del superficiario podrá consistir en el pago de una suma a tanto alzado o de un canon periódico, o en la adjudicación de viviendas o locales o derechos de arrendamiento de unos u otros a favor del propietario del suelo, o en varias de estas modalidades a la vez, sin perjuicio de la reversión total de lo edificado al finalizar el plazo pactado al constituir el derecho de superficie -art. 35.3 LS2007-, tal y como caracteriza a la naturaleza jurídica de esta institución.

El apartado cuarto del art. 35 de la LS/2007 señala el régimen jurídico de aplicación con una redacción no demasiado afortunada que puede inducir a error. En el fondo la regulación es la misma a lo que establecía el derogado art. 287.3 del TRLS92. Se regirá por lo dispuesto en los arts. 35 y 36 de la Ley del Suelo estatal que estamos comentando, y por el título constitutivo del derecho de superficie propiamente dicho, es decir, por el pacto de las partes, ya sean públicas y/o privadas las dos o alguna de ellas. En defecto de regulación, se resolverá conforme a lo que determina la legislación civil en la materia, constituida por los arts. 1611 y 1655 del Código Civil y 107 de la LH.

El derecho de superficie, como cualquier derecho real, es susceptible de transmisión y gravamen con las limitaciones fijadas en el título constitutivo -art. 36.1 de la LS2007. Cuando las características de la construcción o edificación lo permitan, el superficiario podrá constituir la propiedad superficiaria en régimen de propiedad horizontal con separación del terreno correspondiente al propietario, y podrá transmitir y gravar como fincas independientes las viviendas, los locales y los elementos privativos de la propiedad horizontal, durante el plazo de constitución del derecho de superficie, sin necesidad de consentimiento del propietario del suelo, en virtud de lo señalado en el apartado segundo del art. 36 de la LS2007.

Ahora bien, a pesar de la afirmación legal antedicha, todo ello dependerá de lo que en el título constitutivo se pacte expresamente. Quiero decir con ello, cuando por ejemplo intervenga una Administración Pública, y la constitución del derecho de superficie tenga por objeto la construcción y adjudicación de VPO, a fin de cumplir con la normativa reguladora de estas viviendas, pueda requerir de autorización por parte de la Administración cualquier transmisión o constitución de cualquier otro derecho o fórmula de uso (alquiler) de dichas viviendas, locales o elementos privativos de la propiedad horizontal.

El apartado tercero del precitado artículo 36 de la Ley, señala que en la constitución del derecho de superficie se podrán incluir cláusulas y pactos relativos a derechos de tanteo, retracto y retroventa a favor del propietario del suelo, para los casos de las transmisiones del derecho o de los elementos a que nos hemos referido, es decir, las viviendas, locales o elementos privativos de la propiedad horizontal. Por su parte, en virtud de lo establecido en el apartado siguiente del art. 36, el propietario del suelo podrá transmitir y gravar su derecho con separación del derecho del superficiario y sin necesidad de consentimiento de éste. El subsuelo corresponderá al propietario del suelo y será objeto de transmisión y gravamen conjunta con el contenido del propio derecho de superficie, salvo que sea objeto del propio derecho de superficie el subsuelo.

Aunque el precepto no lo señale de forma expresa, entiendo que algo parecido podríamos señalar del vuelo, en el caso que éste sea el objeto de constitución del derecho de superficie, en las condiciones que sean y se transmitiera por el propietario del suelo la rasante y el subsuelo, o sólo la rasante porque el subsuelo pudiera ser objeto de la constitución separada de otro derecho de superficie distinto al anterior. Es decir, las posibles combinaciones son varias, al distinguir la Ley claramente, rasante, vuelo y subsuelo.

El derecho de superficie se extingue si no se edifica de conformidad con la ordenación territorial y urbanística en el plazo previsto en el título de constitución y, en todo caso, por el transcurso del plazo de duración del derecho. 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, salvo que se hayan pactado, expresamente, normas sobre la liquidación del régimen del derecho de superficie, a favor del superficiario -art. 36.5 LS2007-.

Finalmente, el precepto precitado señala que la extinción del derecho de superficie por el transcurso de su plazo de duración determina la de toda clase de derechos reales o personales impuestos por el superficiario. Añado yo, no obstante, a que si se extingue el derecho de superficie por no haber edificado, de igual forma se extinguen cualquier otra clase de derechos reales o personales impuestos por el superficiario, sin perjuicio de que éste deba responder frente a terceros de hipotéticos daños y perjuicios que haya podido causar a terceros.

En esta misma línea argumental, dado que estamos en presencia de otro supuesto, la confusión de la figura de titular de la propiedad y del derecho de superficie, se reunieran ambos derechos en una misma persona -propietario del suelo y superficiario-, las cargas que recayeren sobre uno y otro derecho continuarán gravándolos separadamente hasta el transcurso del plazo del derecho de superficie, entre otras razones a que ambos derechos

se hayan reunido en la misma persona no extingue las obligaciones que frente a terceros se tuvieran contraídas por el propietario del suelo y el superficiario, en el momento en que se constituyeron.

D. Principales novedades de la normativa actual expuesta respecto de la anterior.

Una vez expuesta la regulación contenida en la Ley 8/2007, respecto del derecho de superficie, podemos señalar, a modo de resumen, una serie de aspectos un tanto novedosos:

- El derecho de superficie se puede realizar sobre la rasante y en el vuelo y subsuelo de una finca ajena, manteniendo la propiedad temporal de las construcciones o edificaciones realizadas, pero también puede constituirse dicho derecho sobre construcciones o edificaciones ya realizadas o sobre viviendas, locales o elementos privativos de construcciones o edificaciones, atribuyendo al superficiario la propiedad temporal de las mismas, sin perjuicio de la propiedad separada del titular del suelo. Por tanto podemos tener una serie de combinaciones como exponíamos anteriormente, al reconocerse expresamente la constitución del derecho de superficie no sólo sobre la rasante (lo tradicional), sino sobre el subsuelo (algo que con el correr de los tiempos también se ha configurado como algo habitual) y el vuelo, pudiendo configurarse varios derecho de superficie sobre una misma finca, siempre que su uso y disfrute fuese compatible, para lo que habrá que acudir al título constitutivo, para cada caso.
- El derecho de superficie no podrá exceder de 99 años, sin que se establezca ninguna diferencia entre el derecho de superficie que constituya una Administración pública o un particular, aplicándose, parece, este plazo a ambos sujetos. Con arreglo a la normativa anterior -art. 289.2 del derogado TRLS92- existía una diferencia entre sujetos públicos con un máximo de 75 años y 99 años para el convenio entre particulares. Por ello debemos entender que el plazo máximo tanto para sujetos públicos o privados se cuantifica temporal en 99 años.
- Cuando las características de la construcción o edificación lo permitan, el superficiario podrá constituir la propiedad superficiaria en régimen de propiedad horizontal con separación del terreno correspondiente al propietario, y podrá transmitir y gravar como fincas independientes las viviendas, los locales y los elementos privativos de la propiedad horizontal, durante el plazo del derecho de superficie, sin necesidad de consentimiento del propietario del suelo, salvo pacto en contrario en el título constitutivo del derecho. Habrá que ver las fórmulas para proceder a la inscripción de dichos derechos, no contempladas en el actual Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio, que aprueba el Reglamento sobre inscripción en el Registro de la Propiedad de Actos de Naturaleza Urbanística, que, por cierto, ya le va haciendo falta una actualización urgente.
- En la constitución del derecho de superficie se reconoce, expresamente, cosa que no sucedía hasta el momento presente, que se podrán incluir cláusulas y pactos relativos a derechos de tanteo, retracto y retroventa a favor del propietario del suelo, para los casos de las transmisiones del derecho o de las viviendas, locales o cualquier otro elemento privativo de la propiedad horizontal. Evidentemente, en

estos supuestos, será esencial el régimen que se haya pactado en el título constitutivo del derecho de superficie.

- Finalmente, a la extinción del derecho de superficie por el transcurso del plazo de duración pactado, el propietario hace suya la propiedad de lo edificado, sin que deba satisfacer indemnización alguna cualquiera que sea el título en virtud del cual se hubiere constituido el derecho, cláusula común y general, hasta ahora, típica de la naturaleza jurídica del derecho de superficie. No obstante, la actual regulación permite que se podrán pactar normas sobre la liquidación del régimen del derecho de superficie, como una especie de indemnización a favor del superficiario cuando cesa su derecho y el propietario recupera el suelo y lo edificado sobre el mismo, tanto en rasante, como subsuelo o vuelo.

E. Regulación en la normativa autonómica Canaria respecto del derecho de superficie.

Como ya hemos comentado al principio del apartado referido al derecho de superficie, la CC.AA de Canaria no dispone de regulación específica sobre el derecho de superficie, regulando en sus arts. 76 y ss. la figura de los patrimonios públicos de suelo, como hemos tenido ocasión de estudiar detenidamente.

Ello no empece a que por parte del legislador autonómico, teniendo en cuenta la regulación básica estatal, en base al título competencial en orden a dictar la legislación civil (art. 149.1.8ª CE) tal y como preceptúa la mencionada disposición final primera, punto 3º, se puedan dictar normas que regulen el derecho de superficie con ánimo de dejar más claro y delimitado el contenido de la presente institución que, por otra parte, ofrece grandes posibilidades, sobre todo en orden a servir como instrumento de intervención en el mercado inmobiliario respecto de las competencias que tienen atribuidas las Administraciones Públicas.

III. Los convenios urbanísticos.

A. Aspectos generales de los convenios urbanísticos.

Nada excesivamente nuevo se puede aportar a esta institución, aparte de que estamos en presencia de una figura con escasa regulación legal, aunque al menos en la actualidad está contemplada por la mayor parte de legislaciones autonómicas, algunas de las cuáles han hecho un intento en regularla de la manera más completa posible, como pueda ser el caso de la CC.AA Canarias, como más tarde veremos.

Dicho instrumento no debe ser más que un vehículo que permita dar forma a los acuerdos entre los Ayuntamientos y los futuros urbanizadores o gestores urbanísticos privados, respetando, en todo caso, las determinaciones legales y de planeamiento vigentes en el momento de la firma del convenio. Recordar que las potestades de planeamiento no quedan condicionadas, en modo alguno, por la firma de los llamados convenios de planeamiento.

Por ello, por un sector doctrinal autorizado se entiende que es conveniente su ratificación por el Pleno, de este tipo de convenios que firman los Alcaldes, dado que se están comprometiendo facultades, en el futuro, que no corresponden a los Alcaldes y sí a los órganos colegiados plenarios de los Ayuntamientos¹⁴.

Además, hay que tener en cuenta, el nuevo régimen de aplicación para los municipios de gran población, al establecerse un régimen competencial propio para la Junta de Gobierno Local, que se hace con un importante núcleo de competencias que, hasta la fecha y para los municipios de régimen común, ostentaban otros órganos, especialmente, el Alcalde.

B. El contenido de los convenios urbanísticos.

Entre otros aspectos de planeamiento y gestión urbanística que deben contener los convenios urbanísticos, desde un punto de vista de la fiscalización¹⁵, me gustaría realizar una serie de reflexiones sobre los aspectos que deben verificarse o, al menos, son convenientes cuando no obligatorios que se contengan en dichos convenios.

Desde un punto de vista legal, en los convenios urbanísticos se debe verificar que se contiene el cumplimiento de la materialización de las cesiones obligatorias y gratuitas a que se refieren los arts. 12 y ss. de la derogada LRSV, hoy art. 16 de la LS2007, me refiero a las cesiones para viales, zonas verdes, equipamientos de otra índole, etc...

De igual forma, se deberá verificar el cumplimiento del deber de cesión de los aprovechamientos urbanísticos a que hemos hecho referencia en el presente trabajo en multitud de apartados. Para los supuestos de redención a metálico de dichos aprovechamientos, cuestión demasiado habitual, en mi modesta opinión, se deberá acreditar convenientemente la valoración de los terrenos que se pretenden sustituir a metálico con el objeto de que el municipio no vea mermado, en modo alguno, los derechos que legalmente le corresponden.

Para ello, no basta una mención de la valoración de los terrenos que se redimen a metálico por su equivalente económico, sino una verdadera valoración fundamentada por parte de los servicios técnicos, a fin de que se justifique, al menos, que el Ayuntamiento percibirá el equivalente en metálico a la cesión de terrenos a que tiene derecho, desde un punto de vista legal¹⁶.

¹⁴ En este sentido se manifiesta el DLOTCanarias, en su art. 237.3. En el mismo sentido, la Ley 4/2006, de 22 de diciembre, de Medidas Fiscales y Administrativas de la Comunidad de Madrid, de modificación parcial de la LSMadrid, añade un apartado cuarto al art. 245 de dicho texto legal, en el sentido de que serán nulos de pleno derecho aquellos convenios que incluyan estipulaciones que establezcan la obligación de hacer efectivos los deberes legales de cesión y, en su caso, los convenidos entre las partes, antes de la aprobación definitiva de la modificación o revisión del planeamiento que tuvo como base al convenio, con ánimo de evitar las prácticas viciosas señaladas. En el mismo sentido se manifiesta la contestación a la consulta nº 90 de marginal de EC, nº 6, correspondiente al 30 de marzo de 2.007, páginas 881-882, entre otras que se podrían citar.

¹⁵ Es interesante ver el trabajo publicado por **Gómez Vidal, Samuel**, sobre la *"Diversidad de Convenios Urbanísticos y conveniencia de fiscalizarlos individualizadamente"*, aparecido en la Revista de Estudios Locales, correspondiente al mes de mayo de 2.006, páginas 52 y siguientes.

¹⁶ Ver en este sentido los arts. 236.4 del DLOTCanarias y 246.4 y 247.4 del Decreto 183/2004.

Otra consideración que me parece de sumo interés, en el contenido de los convenios urbanísticos, es verificar la existencia de las garantías que legalmente se exigen al urbanizador para llevar a cabo la urbanización. De lo que se trata es de verificar la solvencia de esas garantías con el ánimo de que el Ayuntamiento no se vea envuelto en un problema de gestión y financiero, en su caso, ante posibles incumplimientos por parte de los urbanizadores, de los que he tenido desagradables experiencias. Para ello, un análisis cuidadoso de la solvencia de esas garantías (avales prestados por entidades autorizadas, que cumplan todos los requisitos establecidos legalmente, sin cláusula de caducidad, etc...) es muy útil ante eventualidades futuras.

Finalmente, entre otros aspectos que me parecen de interés, es muy conveniente incluir en el clausulado de los convenios urbanísticos, la forma de gestionar las correspondientes cuotas de urbanización que deberán sufragar los propietarios afectados por la urbanización. Quiero decir con ello, la necesidad de establecer las formas de gestión, notificación con todo tipo de garantías a los propietarios, régimen de cobro, etc... a fin de salvaguardar los legítimos derechos de aquéllos, que suelen ser la parte más débil.

En este sentido, se hace necesario articular convenientemente la operatoria en los casos de que por los propietarios afectados por las obras de urbanización no se satisfagan, de forma voluntaria, las correspondientes cuotas de urbanización. Para ello, he confeccionado una serie de normas o reglas que pueden ser de utilidad cuando la Administración debe velar por el cumplimiento de la gestión por parte de la iniciativa privada, bajo la fórmula de gestión urbanística que cada legislación autonómica permita, de las cuotas de urbanización, incluido su cobro por vía de apremio que debe instar la Administración urbanística actuante de turno, previa comprobación de la gestión de la urbanización, entendida en su sentido más integral.

Por último, vamos a analizar en el apartado siguiente el supuesto concreto de mejoras ofrecidas por los urbanizadores, a tenor de lo establecido en algunas normativas autonómicas de forma expresa, como pueda ser el caso del art. 126, apartado g) de la LUV, respecto al enunciado de los llamados objetivos complementarios, a que se refiere el art. 124.2 de dicha Ley.

C. La problemática del tratamiento legal de las mejoras ofrecidas en los convenios urbanísticos por el urbanizador.

En la actualidad, bajo esta “fórmula” las Administraciones Públicas están utilizando esta figura como un potente instrumento financiador de gastos, y no sólo derivado de la redención a metálico de los aprovechamientos urbanísticos que debieran cumplir las finalidades establecidas en la normativa básica estatal y autonómica, sino de las mejoras ofrecidas por los urbanizadores como generosos donantes a las arcas municipales¹⁷.

Todo ello no tendría más repercusión sino fuera que al final los paganos de tales dádivas serán los propietarios que adquieran las viviendas en el proceso edificatorio, con lo que no deja de resultar curioso como mantenemos toda una vieja polémica respecto a los usos que les podemos dar a los bienes integrantes de los PMS, referido a

¹⁷ Luego veremos como la CC.AA Canaria establece una fórmula restrictiva de uso de los fondos provenientes de la gestión urbanística, como en la misma se denomina.

la construcción de VPO, con ánimo de favorecer al acceso de una vivienda digna a los sectores más desfavorecidos de la población, y por otro, aceptamos con total naturalidad los regalos de urbanizadores privados a la Administración que, con posterioridad repercutirán, a buen seguro, sobre los futuros compradores, elevándose artificialmente el precio de la vivienda, ya de por sí muy costoso.

A mayor abundamiento, dichas aportaciones a las arcas municipales se llevan con carácter general, sin ninguna condición, a fin de que sean los rectores políticos los que decidan su destino, mermando los derechos, en mi opinión, de los legítimos beneficiarios de tales dádivas, como son los futuros propietarios, dado que a ellos les corresponderá el pago de las mismas, salvo prevenciones expresas, en sentido contrario, en las normativas autonómicas.

Tener en cuenta, además, la falta de control en la gestión de estas dádivas, ya sean en metálico con libre disposición de los políticos en su ejecución. Bien por la realización de obras que incumplirán, con total seguridad, los principios de publicidad y libre concurrencia para la adjudicación de dichas obras que, normalmente, son gestionadas directamente por la propia empresa urbanizadora adjudicataria de los PAI.

Sobre este particular, la STSJCE de 12 de julio de 2.001, viene a señalar para las obras de urbanización y de mejora asociadas a aquéllas, la necesidad de cumplir con las directivas comunitarias en materia de contratación pública, por suponer una vulneración a los principios de publicidad y concurrencia que proclaman los textos legales para la contratación administrativa¹⁸.

D. Regulación de los convenios urbanísticos en la CC.AA Canaria por su normativa autonómica.

Dicha figura de los convenios urbanísticos viene regulada en los arts. 236 a 239 del DLOTCanarias y 243 a 249 de su Reglamento de desarrollo aprobado por Decreto 183/2004.

La posibilidad de suscribir convenios urbanísticos con personas públicas o privadas, ostenten o no la condición de propietarios de los terrenos, construcciones o edificaciones, para la preparación de actos y resoluciones en procedimientos instruidos en el ámbito de aplicación del DLOTCanarias, se formula en el art. 236.1 del mismo. Los convenios podrán ser de dos tipos: interadministrativos de colaboración y de colaboración o cooperación urbanística.

Los primeros se formalizan entre entes públicos de la naturaleza que sean, y me remito al contenido del artículo 245 del Decreto 183/2004 que los regula con un cierto detalle, estableciendo, al menos, las distintas categorías de colaboración interadministrativa que pueden tener por objeto. De igual forma, el artículo 243.3 del mencionado Decreto 183/2004, de desarrollo del DLOTCanarias, en esta materia, señala

¹⁸ Algo parecido sucede con el convenio urbanístico que propone la ejecución de un sistema general por el agente urbanizador con cargo al 10% del aprovechamiento de cesión obligatoria a favor de la Administración, incumpléndose, una vez más, la normativa sobre contratación pública. Ver la contestación a la consulta nº 329 de marginal, aparecida en EC nº 23, correspondiente al 15 de diciembre de 2.006, páginas 4134-4135

que los convenios entre particulares como agentes urbanizadores, rehabilitadores y particulares afectados por la actuación, tendrán eficacia entre las partes, pero no tendrán la consideración jurídica de convenios urbanísticos, de los cuáles nos estamos ocupando en el momento presente.

Dentro de los convenios de colaboración o cooperación urbanística, que son los que más nos interesan en el momento presente, debemos distinguir entre los convenios de planeamiento y los de gestión, o una tercera clasificación es cuando contienen elementos de unos y otros, es decir, convenios mixtos de planeamiento y gestión urbanística.

Esta última tipología de convenios se regulan, fundamentalmente, en los arts. 236.3 del DLOTCanarias y 246 y 247 del Reglamento, aprobado por Decreto 183/2004. En el primer precepto reglamentario se regula los convenios de cooperación, mientras que en el segundo precepto reglamentario se establecen determinaciones sobre los convenios urbanísticos que se incorporen al planeamiento. Lo más destacable de esta regulación, básicamente, viene de la mano de las siguientes características:

- Los instrumentos de planeamiento deberán incorporar necesariamente en su documentación un anexo de los Convenios Urbanísticos, donde se incluirán todos aquellos convenios suscritos con anterioridad, o durante el período de elaboración o de información pública, a la aprobación del planeamiento, con evidente ánimo de que se cumplan y se integren o compatibilicen de forma adecuada con las normas de planeamiento, como no puede ser de otra forma.
- Serán nulas de pleno derecho, cualquier estipulación contenida en los distintos convenios que contravengan, infrinjan o defrauden objetivamente cualquier norma imperativa legal o reglamentaria, incluidas las de planeamiento de ordenación, en especial las reguladoras del régimen urbanístico objetivo del suelo y del subjetivo de los propietarios de éste -arts. 236.5 del DLOTCanarias y 244 del Decreto 183/2004-.
- Los convenios en los que se acuerden los términos del cumplimiento del deber legal de cesión del aprovechamiento urbanístico no susceptible de apropiación mediante el pago de una cantidad sustitutoria en metálico, deberán incluir, como anexo -tal y como hemos señalado anteriormente- la valoración pertinente, practicada por los servicios administrativos que tengan atribuida tal función. En este sentido se pronuncian los arts. 236.4 del DLOTCanarias y 246.4 y 247.4 del Decreto 183/2004.
- La negociación, celebración y el cumplimiento de los convenios urbanísticos se regirán por los principios de transparencia y publicidad. En este sentido, el art. 237 y 238 del DLOTCanarias y 248 y 249 del Decreto 183/2004, regulan toda una serie de prevenciones al respecto en relación con el procedimiento a seguir¹⁹. Como cuestiones más relevantes podemos citar la necesidad de una vez que estén negociados y suscritos los convenios sustitutorios de resoluciones que no prevean trámite de información pública previa, a información mediante anuncio publicado

¹⁹ Sobre la importancia del procedimiento a seguir en la suscripción de convenios urbanísticos, es interesante señalar la STS de 5-01-2007 (La Ley 2502/2007), respecto de la necesidad de sujeción al procedimiento legalmente establecido, so pena de nulidad.

en el Boletín Oficial de la Comunidad o en el de la provincia, según proceda, y en al menos uno de los periódicos de mayor difusión de ésta, por plazo mínimo de veinte días. Cuando la negociación de un convenio coincida con la tramitación del procedimiento de aprobación de un instrumento de ordenación, o de ejecución de éste, con que guarde directa relación, deberá incluirse el texto íntegro del convenio en la documentación sometida a la información pública propia de dicho procedimiento. El texto definitivo del convenio deberá ratificarse por los órganos a que se refiere el art. 237.3 del DLOTCanarias, perfeccionándose y obligando desde la firma, en su caso, tras la aprobación ya comentada.

Por esta razón, entiendo que el procedimiento previsto en la normativa autonómica Canaria es perfectamente compatible con el previsto en el art. 11 de la LS2007, respecto de la necesidad de información pública antes de su aprobación. Respecto de la publicidad de los convenios urbanísticos, el art. 238 del DLOTCanarias y 249 del Decreto 183/2004, establecen un sistema de registro y archivo administrativo de los citados convenios para su inscripción y custodia, dando fe a todos los efectos legales, pudiendo ser consultado por cualquier ciudadano, así como a obtener, abonando el precio del servicio, certificaciones y copias de las anotaciones practicadas y de los documentos custodiados en los mismos.

- Los convenios urbanísticos tendrán a todos los efectos naturaleza jurídico-administrativa. Además, recordar una prevención incluida en el art. 16.3 de la LS2007, respecto de que los convenios o negocios jurídicos que el promotor de la actuación celebre con la Administración correspondiente, no podrán establecer obligaciones o prestaciones adicionales ni más gravosas que las que procedan legalmente en perjuicio de los propietarios afectados. La cláusula que contravenga estas reglas será nula de pleno derecho, a modo y semejanza a la que me anticipé, en cierta medida, en mi libro sobre los principales instrumentos de financiación urbanística, cuando tocaba el tema de las mejoras ofrecidas en dichos convenios urbanísticos, como importante fuente de financiación municipal, pero en perjuicio de los propietarios, lo que parece prohibir, ahora, la normativa estatal.

Recordar, que la normativa autonómica Canaria señala, tal y como yo también propugné en el libro al que hacía referencia en el párrafo precedente, en su art. 74.3, letra b/, que integran los patrimonios públicos de suelo los terrenos y las edificaciones o construcciones obtenidas en virtud de las cesiones correspondientes a la participación de la Administración en el aprovechamiento urbanístico, **así como las adquisiciones de bienes o dinero por razón de la gestión urbanística, incluso mediante convenio urbanístico.**

En definitiva, para terminar, me merece una valoración positiva la normativa autonómica Canaria, en general, de las materias que hemos analizado, salvo las peculiaridades ya comentadas de adaptación a los preceptos de la Ley 8/2007.

Septiembre de 2.007.

Francisco Antonio Cholbi Cachá.