

3. URBANISMO

Por EL DESPACHO JURÍDICO Y URBANÍSTICO LASO & ASOCIADOS

CANCELACIÓN DE ASIENTOS REGISTRALES.—INSCRIPCIÓN DE APROVECHAMIENTO URBANÍSTICO Y NULIDAD DEL PLAN.—INSCRIPCIÓN DE RESOLUCIONES JUDICIALES Y PROTECCIÓN REGISTRAL. (RESOLUCIÓN DE LA DGRN DE 11 DE NOVIEMBRE DE 2002.)

I. RESUMEN

I.1. LA SOLICITUD DE INSCRIPCIÓN

La Resolución comentada confirma la calificación registral del testimonio de una sentencia en firme por la que se declaraba la nulidad de la aprobación de una modificación de Plan General sobre fincas en las que constaba en folio independiente inscrito el aprovechamiento urbanístico dimanante de dicho plan en favor de terceros que, a su vez, lo habían adquirido por compra de quien figuraba como titular en el Registro.

Según recoge la propia Resolución, el 18 de abril de 2000 se presenta instancia en el Registro de la Propiedad de San Sebastián de los Reyes solicitando la cancelación de todas y cada una de las inscripciones del aprovechamiento urbanístico reconocido con motivo de la ejecución por el sistema de expropiación del Plan General de Ordenación Urbana de ese municipio, en un determinado ámbito de actuación, habida cuenta que la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid había estimado un recurso contencioso-administrativo interpuesto por la Compañía en nombre de la cual se presentaba la instancia mediante la sentencia 1.144 de 3 de julio de 1998. Se adjuntaba certificación literal que expresaba su firmeza emitida por la secretaria de la Sección correspondiente.

Se acompañaba también fotocopia de la certificación registral expedida el 28 de octubre de 2000, relativa a determinadas inscripciones practicadas por título de expropiación forzosa a favor de la beneficiaria de la expropiación y de los aprovechamientos urbanísticos practicados en folio independiente derivados de tales expedientes expropiatorios, al haberse acordado el pago del justiprecio, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 39.3 y 44 del Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio.

La sentencia cuya inscripción se pretendía, resolvía el recurso con el siguiente tenor literal:

«Fallamos que debemos estimar y estimamos el recurso contencioso-administrativo interpuesto por el Procurador ... contra el acuerdo de la Consejería de Política Territorial de la Comunidad de Madrid, de 5 de mayo de 1994, sobre aprobación del Plan General de Ordenación Urbana de San Sebastián de los Reyes, en el ámbito de actuación ... y en consecuencia declaramos la nulidad de la citada Resolución al no ser ajustada a derecho».

Debe significarse que la nulidad se declaraba, en lo que interesa al presente comentario, en relación con una infracción manifiesta de procedimiento, por haberse tramitado la alteración de planeamiento a través del procedimiento de

modificación en lugar del de revisión, que era obligado, según asume la sentencia. Ello significa que, como reconocía expresamente el fallo, se declaraba la nulidad y no la mera anulación del acto, por ser nulo de pleno derecho, según resultaba de lo dispuesto en el artículo 62.1.e) de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común.

Asimismo cabe concretar que la certificación de la sentencia que se unía a la instancia se había expedido atendiendo a la petición de su emisión para *«poder justificar... en el Registro de la Propiedad la sentencia recaída»*, lo que se había acreditado por documento unido a la instancia.

El fundamento de la citada solicitud era, así mismo, que *«siendo el aprovechamiento urbanístico, inscrito como finca independiente, el resultante única y exclusivamente del planeamiento anulado, sin que tenga más entidad en este momento que la que se deduce de la publicidad del Registro, a fin de acomodar la realidad registral a lo que resulta de la sentencia dictada, de tal modo que éste alcance plenos efectos y no dé lugar entre los afectados a la apariencia de un derecho que es inexistente, es procedente su cancelación una vez extinguido por sentencia firme el planeamiento del que dimana»*.

1.2. LA NOTA DE CALIFICACIÓN

Calificado el documento presentado por el Registrador de la Propiedad, éste acuerda *«denegar las cancelaciones pretendidas de las inscripciones de aprovechamientos urbanísticos a que se refiere la instancia... por no ser dicha instancia, acompañada del certificado literal del fallo que se adjunta, "título hábil" para practicarlas»*.

Al margen de señalarse que existía en tramitación un nuevo planeamiento posterior al anulado, los Fundamentos Jurídicos en que se apoya la calificación del Registrador son los siguientes:

«PRIMERO.—Como señala GONZÁLEZ PÉREZ, a partir de la entrada en vigor de la Constitución, la potestad de los Tribunales del Orden Contencioso-Administrativo para "hacer ejecutar lo juzgado" es incuestionable. Así se deduce sin el menor asomo de duda del apartado 3 del artículo 117 del Texto Constitucional.

SEGUNDO.—Superada, pues, la jurisprudencia emanada de los artículos 9 y 103 de las antiguas Leyes Reguladoras de la Jurisdicción de 1894 y de 1956, respectivamente, que entendía que la ejecución de las sentencias administrativas correspondía a la propia Administración, y sin perjuicio de la fiscalización de los Tribunales, la nueva Ley Reguladora de 1998 establece en el apartado 1 de su artículo 103 que "La potestad de hacer ejecutar las sentencias y demás resoluciones judiciales corresponde exclusivamente a los Juzgados y Tribunales..."

Y por si fuera poco lo anterior, agrega el artículo 104.2 que:

"Transcurridos dos meses a partir de la comunicación de la sentencia... cualquiera de las partes afectadas podrá instar su ejecución forzosa".

Por último, el 107 prevé que:

"Si la sentencia anulase total o parcialmente el acto impugnado, el Juez o Tribunal dispondrá a instancia de parte la inscripción del fallo en los Registros Públicos a que tuviere acceso el acto anulado...".

Bien es verdad que la sentencia número 144 se dictó el 3 de julio de 1998 y que la vigente Ley Reguladora de la Jurisdicción es de 13 del mismo mes y año, con entrada en vigor a los cinco meses. Pero no es menos cierto:

- a) Que la potestad de ejecutar las sentencias corresponde exclusivamente a los Tribunales desde la entrada en vigor de la Constitución de 1978; y,*
- b) Que la eventual ejecución de la sentencia 1144/98, en orden a los supuestos contemplados en el artículo 107, se regirá por la nueva Ley, según su Disposición Transitoria cuarta.*

TERCERO.—Es preciso aludir finalmente, al principio de seguridad jurídica consagrado por el artículo 24 de la Constitución, principio del que los registradores son especialmente guardianes en orden al contenido y conservación de los asientos registrales, sobre todo en aquellos supuestos en que no reflejando el Registro medida cautelar alguna, se pretenda la cancelación de aquéllos, en perjuicio de tercero que contrataron basándose en el propio Registro».

I.3. EL RECURSO GUBERNATIVO

Interpuesto recurso gubernativo contra la calificación se alegó:

«Siendo el título, mediante el cual se pretende la cancelación, la certificación de la sentencia firme dictada,... ésta había anulado la modificación del Plan General de Ordenación Urbana... declarando su nulidad por no ser ajustada a Derecho, sentencia que fue firme... en base a lo cual se pide la cancelación de los asientos practicados en el Registro de la Propiedad por virtud de los cuales habían sido inscritos, en folio independiente, los aprovechamientos urbanísticos resultantes de aquel plan por haberse producido su extinción».

Se sostenía también la legitimación para solicitar la cancelación basada en la condición de recurrente de la peticionaria y en cuanto a la vinculación de los terceros se expresaba:

«En todo caso la singularidad de la inscripción del aprovechamiento urbanístico y la inexistencia de recurso alguno que haya desvirtuado la firmeza de la sentencia determina la plena vinculación a terceros de acuerdo con la doctrina resultante de la sentencia del Tribunal Constitucional, de 23 de febrero de 1988, por la que determinadas partes en los procesos urbanísticos, dada la singularidad de su posición, un deber elemental de diligencia excluye la necesidad de su emplazamiento personal para que queden vinculados por las sentencias desfavorables que puedan dictarse».

Se defendía así que no existía indefensión para los terceros *«en cuanto que conocedores del proceso contencioso-administrativo no han interpuesto contra él recurso alguno que desvirtúe su eficacia».*

Al respecto del objeto de la inscripción se defendía que la Ley de 25 de julio de 1990 y en su Texto Refundido de 26 de junio de 1992 en su artículo 302.6 y el Decreto de 4 de julio de 1997, han admitido la inscripción en

folio separado del aprovechamiento urbanístico, como sucedía en el caso, «sin embargo el hecho de que fuera susceptible de inscripción separada el aprovechamiento urbanístico e incluso en el supuesto de que se estimara que analógicamente era una hipótesis relativamente próxima a cualquier derecho real administrativo, no puede evitar que sus vicisitudes posteriores no afecten a su situación registral ni tampoco que se identifique con los que son verdaderos derechos reales administrativos».

Se continuaba defendiendo que el aprovechamiento urbanístico es una determinación propia de los Planes de Ordenación que, como es conocido, está sujeto a la vigencia del planeamiento del que dimana, por lo que, ya sea por el reconocimiento explícito y permanente de la jurisprudencia y en las leyes del *ius variandi* o facultad concedida a la Administración para que se modifique o deje sin efecto por la revisión o modificación del planeamiento o, en casos como el presente, por su anulación, tal objeto desaparece si se modifica el Plan, anulando o reduciendo el aprovechamiento urbanístico, así como si el Plan es revisado con indemnización o sin ella... Por tanto, se advertía que el aprovechamiento urbanístico, por el hecho de haber sido objeto de inscripción, no alcanza un grado de protección diferente del que tiene en base al planeamiento que le creó, sino que es dependiente totalmente de él. Por eso quien lo adquiere o inscribe a su favor sabe que adquiere o inscribe un derecho supeditado y subordinado a la vigencia del Plan del que dimana, por lo que, desaparecido el Plan, desaparece automáticamente el aprovechamiento urbanístico. De aquí que, anulado el Plan, vuelva el suelo a la condición que tenía originariamente.

Respecto a la extinción del aprovechamiento como determinación del Plan y su cancelación en el Registro se indicaba que «no es un derecho real administrativo y ni por asomo constituye un derecho subjetivo sino una determinación del planeamiento cuya subsistencia es predicable tan solo mientras el plan existe».

Se alegaba también la Jurisprudencia de las sentencias de 7 de noviembre de 1990 y 4 de marzo de 1995, que reconocían la carencia de eficacia, valor y efecto a actos de ejecución del planeamiento o expropiatorios, respectivamente, cuando se había declarado la nulidad del planeamiento o del acto legitimador de la expropiación.

Así se transcribía la sentencia de 4 de marzo de 1995 cuando decía que, «la sentencia anulatoria produce unos efectos erga omnes que no dependen de la pretensión deducida sino del contenido de la propia sentencia».

En relación con la exposición en la nota de calificación del Registrador de la existencia de un procedimiento en tramitación para aprobar un planeamiento respecto del ámbito cuya modificación del Plan General había sido anulada se señalaba que «la producción posterior de un nuevo plan no convalida el anterior anulado, sino que se requeriría un nuevo acto y un nuevo convenio expropiatorio, con cancelación previa de la actual y se aludía a la sentencia del Tribunal Supremo, de 8 de junio de 2000, que impedía la convalidación de los actos nulos de pleno derecho».

Se culminaba indicando que el título para practicar la cancelación era la sentencia firme presentada, invocando el artículo 82 de la Ley Hipotecaria, dado que con la sentencia, y tan sólo con ella, se agotan y conservan todos los efectos derivados de su carácter imperativo, sin necesidad de ningún acto posterior que la complemente o concrete.

Finalmente, se aludía a que incluso en relación con las concesiones administrativas, en el ámbito ya de los derechos reales administrativos, la senten-

cia del Tribunal Supremo, de 10 de abril de 1992, en consonancia con lo pedido en el recurso gubernativo decía:

«El título que dio lugar a la inscripción de las fincas (marismas) en el Registro de la Propiedad era un título administrativo (el concesional) que no civil: como consecuencia de que el mismo no podía ser novado sin el consentimiento y voluntad concurrente de la Administración actuante de la concesión, por lo que no es de aplicación al caso el artículo 34 de la Ley Hipotecaria, máxime si constando al menos en la primera inscripción registral la circunstancia de tratarse de terrenos sometidos a concesión administrativa, respecto de tal publicidad registral no puede alegarse desconocimiento a los efectos de la buena fe adquisitiva inspiradora de la especial protección que otorga el citado artículo 34 de la Ley Hipotecaria. Teniendo en cuenta que la presente contradicción del derecho inscrito procede de un acto administrativo, cual es el de la declaración de la caducidad de la concesión que tal inscripción originariamente causó, de ahí que con base en la firmeza de aquel acto la Administración deba ejercitar las acciones tendentes a hacer concordar el Registro de la Propiedad con la realidad jurídica derivada de la declarada caducidad de la concesión demanial de constante referencia».

I.4. LA DEFENSA DE LA NOTA

En defensa de la nota de calificación, el Registrador de la Propiedad informó la ratificación en la misma y que la cuestión medular discutida era si la ejecución de la sentencia debía, o no, ser acordada por la propia Sala sentenciadora, con determinación expresa de las consecuencias del fallo con trascendencia registral, consecuencias no exentas, en su caso, de calificación registral, habida cuenta de que no resultaba del Registro la adopción de la medida cautelar prevista en el artículo 307.6 de la Ley del Suelo, la cual hubiera podido poner en guardia a los adquirentes de aprovechamientos urbanísticos. Se reiteraba que la potestad de ejecutar las resoluciones judiciales corresponde exclusivamente a los Jueces y Tribunales y se añadía que a los varios años de producida su firmeza se pretendiera atribuir efectos cancelatorios directos a través de una simple instancia, y sin la intervención de la Sala, a un fallo judicial que no era sino una sentencia declarativa de la nulidad, por no estar ajustado a Derecho, de un acto administrativo que la propia Administración demandada se había encargado ya de sustituir por otro: la revisión del Plan General de Ordenación Urbana de San Sebastián de los Reyes, cuya aprobación definitiva había sido ya publicada en el BOCAM sin que la ignorancia de dicha publicidad pueda ser por nada alegada en términos jurídicos. Se añadía que la instancia motivadora de la nota de calificación había sido presentada en el registro cuatro días después de la publicación en el BOCAM del sometimiento a información pública del Proyecto de Delimitación y Expropiación de los terrenos comprendidos en el suelo urbanizable con planeamiento incorporado a que se hace referencia en la nota de calificación. Y, finalmente, que la sentencia que se pretendía inscribir no reunía los requisitos del apartado 7 del artículo 307 de la Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana.

I.5. LA EXENCIÓN DE INFORME DEL PRESIDENTE DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA

Solicitado informe al Excmo. Señor Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección 1.^a, éste fue emitido el 16 de septiembre de 2002, en el sentido de que se entendiera que no concurrían los requisitos exigidos por el artículo 327-7.^o de la Ley Hipotecaria para que la Sala informara el recurso gubernativo, ya que el Registrador había denegado la cancelación de determinados asientos registrales solicitados por un particular, presentando una sentencia de la Sala, de la que no se había solicitado su ejecución y sin que la Sala hubiera expedido título alguno ni orden alguna al Registro de la Propiedad.

II. LOS FUNDAMENTOS DE DERECHO DE LA RESOLUCIÓN

La Resolución, escuetamente, resuelve las cuestiones planteadas en los siguientes términos:

«2. *El recurso no puede prosperar. Como establece el artículo 1, párrafo 3.º de la Ley Hipotecaria, los asientos del Registro están bajo la salvaguardia de los Tribunales, por lo que ninguna alteración de los mismos puede hacerse sin la intervención de los mismos en los términos establecidos por la Ley.*

3. *Además de ello, tiene razón el Registrador al alegar en defensa de su calificación que proceder a la cancelación perjudicaría a los derechos de terceros adquirentes de derechos inscritos que no han tomado parte en el procedimiento, por lo que a la cancelación solicitada se oponen también los artículos 24 del texto constitucional y su corolario registral constituido por el principio de tracto sucesivo (cfr. art. 20 de la Ley Hipotecaria).*

Esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso interpuesto, confirmando la calificación».

III. COMENTARIO

A pesar del laconismo con que se pronuncia la Dirección General en la Resolución que comentamos, lo cierto es que las cuestiones que se suscitaban en el recurso gubernativo y en la norma de calificación eran muy variadas y llenas de matices, por lo que se echa, en cierto modo, de menos un pronunciamiento más extenso y analítico de las mismas.

Así, cabe citar la propia naturaleza del aprovechamiento urbanístico y de la publicidad de su inscripción; los efectos de la nulidad del Plan como norma y acto administrativo, que es el soporte ineluctable del aprovechamiento; la correspondiente trascendencia jurídico-real de la nulidad del Plan e incluso de su modificación; la trascendencia registral derivada de aquélla; así como, finalmente, también la protección del tercero, su sometimiento al contenido del Registro y el problema de la ejecución de las sentencias judiciales, en particular la inscripción de las ejecutorias.

Seguidamente trataremos de analizar estas cuestiones y comprender el alcance de la resolución de la Dirección General y las alternativas posibles a la misma.

III.1. LA NATURALEZA DEL APROVECHAMIENTO URBANÍSTICO

La irrupción del urbanismo en la propiedad del suelo ha provocado, a través de la evolución legislativa, una alteración en el régimen jurídico de la propiedad, como ya dijéramos en el número 678 de julio-agosto de la *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, pág. 2456 y siguientes, que viene a ser delimitado a través de la legislación urbanística, según consagra hoy, por ejemplo, el artículo 2 de la Ley 6/1998, de 13 de abril.

Esta realidad, que ya había establecido el Texto Refundido de la Ley del Suelo, de 9 de abril de 1976, dio origen a un nuevo objeto de derecho: el aprovechamiento urbanístico, cuya naturaleza, contenido y diferencias con otros conceptos como la edificabilidad o el volumen edificable ya fueron objeto de comentario y desarrollo, por ejemplo, por JOSÉ LUIS LASO MARTÍNEZ en su obra «Derecho Urbanístico», Tomo III, *La propiedad ante el Planeamiento Urbanístico*, publicada por la Editorial Montecorvo, págs. 246 y siguientes (1).

Las notas características del aprovechamiento urbanístico son, en definitiva, las siguientes:

a) Se trata de un objeto del derecho y no de una facultad del derecho de propiedad, por lo cual es transmisible y se permite su inscripción en folio separado en el Registro de la Propiedad (2).

b) Este objeto de derecho es, sin embargo, de carácter inmaterial y depende exclusivamente de su configuración y asignación en el planeamiento urbanístico como norma y acto administrativo que lo define y lo atribuye (3).

c) El dinamismo del Plan y la posibilidad de su modificación, revisión o anulación comportan la provisionalidad del aprovechamiento urbanístico como objeto de derecho, que resulta ser así lábil y fácilmente alterable, sustituible o perecedero, mientras no se materialice.

d) Siendo objeto de derecho, no es, por otra parte, en sí, un derecho, y aunque su origen, definición y existencia dependen de actos administrativos, no se puede identificar como un derecho real administrativo, como

(1) Como señalaba el citado autor en la página 253 de la obra citada, «la aparición del sistema urbanístico produce un choque frontal con aquel principio (el de que el propietario del terreno es dueño de su superficie y de lo que está debajo de ella) y origina la separación del dominio del terreno, que sigue sujeto a las normas comunes del derecho privado, y su aprovechamiento urbanístico que está determinado por un aprovechamiento potencial, modificable y no necesariamente perteneciente al dueño del suelo; con lo cual la facultad de aprovecharlo queda intervenida, no ya por razones de verificación de la adecuación del Proyecto al planeamiento, sino incluso por razón de la eventual pertenencia del bien, y la cesión a un tercero queda afectada esencialmente de la provisionalidad que el propio cedente padece».

(2) Como se indica en la obra *El aprovechamiento urbanístico*, de LASO MARTÍNEZ y LASO BAEZA, pág. 26: «llegados a un valor objetivo, el aprovechamiento urbanístico es evidente que determina el contenido económico de un bien y, por ende, le convierte realmente en objeto de derecho».

(3) El aprovechamiento urbanístico queda definido por la ordenación establecida en el Planeamiento que establece los usos, intensidades, edificabilidades y demás parámetros en todo el ámbito al que afecta. Ello permite, a través de los procesos de gestión o ejecución, localizarlo, cuando ello no se hubiera llevado a cabo directamente por el Plan y adjudicarlo si es preciso (como sucede en la reparcelación de las actuaciones integradas, por ejemplo). Pero sin Plan no hay ni parámetros, ni aprovechamiento que resulte de ellos.

sucede con las concesiones administrativas o la reversión expropiatoria, por ejemplo (4).

Siendo éstas las notas características del aprovechamiento, su acceso al Registro está plenamente justificado para garantizar el tráfico jurídico como objeto de derecho ligado al inmueble, dotarle de la publicidad necesaria para favorecer la seguridad jurídica de los titulares de derecho sobre él, pero por el hecho de estar inscrito, no se consolida con independencia de los actos de la Administración.

Así desde la publicación de la Ley 8/1990 y el Texto Refundido de la Ley del Suelo, de 26 de junio de 1992, la legislación vino a facilitar la inscripción de «los actos de transferencia y gravamen del aprovechamiento urbanístico», tal y como establece el artículo 307.5 del Texto Refundido citado.

En el supuesto que es objeto de comentario, lo que se había inscrito era la expropiación y reconocimiento de aprovechamiento urbanístico de determinadas fincas que dieron lugar a la apertura de un folio independiente en el que figuraría, como finca transitoria, el derecho a materializar determinadas unidades de aprovechamiento urbanístico en finca futura de reemplazo cuando se procediera a la ejecución del planeamiento urbanístico sobre el que éstas debían recaer.

En definitiva, del Registro resultaba:

- a) Que había habido una expropiación.
- b) Que el pago del justiprecio de esa expropiación, en virtud, en cierto modo, de la llamada cesión amigable (5), se difería en el tiempo a la entrega de una finca futura con un determinado aprovechamiento urbanístico en una unidad de actuación concreta.
- c) Al amparo del artículo 39.3 y 44 del Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio, se producía la inscripción en folio separado como finca independiente del derecho a recibir esas unidades de aprovechamiento en la finca de reemplazo que correspondiera en la unidad de actuación designada.

A los efectos de este análisis, lo mismo hubiera dado que se tratara de una inscripción del derecho al aprovechamiento urbanístico en determinada unidad con motivo, por ejemplo, de una ocupación directa. Los efectos, como veremos, de la nulidad del planeamiento sobre el objeto del derecho serían igualmente radicales y la discordancia de aquellas menciones que en el Registro se refirieran al aprovechamiento procedente de un Plan anulado sería la misma en uno u otro caso.

(4) Es frecuente la confusión entre el aprovechamiento urbanístico y los derechos a consolidar o adquirir el aprovechamiento urbanístico, confusión que tiene su origen en la ambigüedad de la Ley 8/1990 y el Texto Refundido de 1992. A este respecto cabe citar la obra *El aprovechamiento urbanístico*, de JOSÉ LUIS LASO MARTINES y VICENTE LASO BAEZA, publicada por Marcial Pons, págs. 243 y sigs.

(5) La cesión amigable, como adquisición que tiene su origen en un expediente expropiatorio, pero es fruto de un acuerdo entre el particular y la Administración, ha sido estudiada por la doctrina. Cabe resaltar el estudio que de este tipo de acuerdos contiene la obra *Los convenios urbanísticos*, de ALEJANDRO HUERGA LORA, publicado por Civitas en su capítulo X, págs. 229 y sigs.

III.2. LOS EFECTOS DE LA NULIDAD DEL PLAN

Con independencia del contenido del Registro, lo cierto es que la nulidad del planeamiento comporta, *per se*, la desaparición del aprovechamiento urbanístico que, en realidad, nunca llegó a existir. Se trata no del perecimiento de un objeto de derecho inmaterial, en realidad, por tratarse de nulidad radical (6), éste ni siquiera nació. Mientras no se produzca la materialización del aprovechamiento en rigor, éste, *per se*, es una mera determinación del planeamiento, por lo que desaparecido éste por causa de la sentencia firme que le anula, desaparece también el aprovechamiento irreversiblemente, pues si vuelve a aprobarse un nuevo Plan y recoge el mismo aprovechamiento, éste sería un nuevo aprovechamiento no el anulado.

Es decir, que si en el caso, por ejemplo, de no haber sido publicado el Plan, su falta de vigencia habría impedido el nacimiento del derecho al aprovechamiento urbanístico, con mayor motivo, su nulidad radical comporta la misma consecuencia.

La inexistencia del aprovechamiento urbanístico es indiscutible, esencial y conforme con su propia naturaleza, y la consecuencia sobre el derecho a su adquisición o materialización es inevitable.

No cabe acudir aquí al principio de conservación de los actos, porque lo que en realidad se produce es una desaparición sobrevenida del derecho por falta de objeto. Es decir, que del mismo modo que el perecimiento del objeto provoca la desaparición del derecho o su conversión en otro de crédito o repetición contra el deudor, la inexistencia del derecho al aprovechamiento urbanístico por la modificación, revisión, o declaración de nulidad del planeamiento podrá comportar un derecho a la indemnización, al amparo del artículo 139 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y el Procedimiento Administrativo Común, el artículo 41 y siguientes de la Ley 6/1998, sobre Régimen del Suelo y Valoraciones, y el artículo 33 de la Constitución Española, entre otros; ello no significa que el derecho de crédito, además exterior al Registro, esté representado por el aprovechamiento inscrito; el nacimiento de este derecho a una indemnización o la reviviscencia del derecho a cobrar un justiprecio, aparte de esta indemnización, derivado de un procedimiento expropiatorio que terminó por acuerdo de pago en especie, podrá ser indiscutible, pero es independiente y no identificable con el aprovechamiento como entidad propia.

Es decir, tanto si se produce modificación, revisión o, como en el caso que comentamos, nulidad del planeamiento, la transformación, desaparición o inexistencia del aprovechamiento, según el caso, no es subsanable, salvo que

(6) Si como se ha expresado, el aprovechamiento nace del Plan y de los parámetros de ordenación en él establecidos, su nulidad afecta a la propia existencia del aprovechamiento, que carece de contenido. No es que no sea materializable, sino que simplemente no existió.

La Ley prevé que el aprovechamiento, aun atribuido por el Plan, pueda no ser materializado, para lo cual se prevén distintas técnicas compensatorias como las transferencias de aprovechamiento o indemnizaciones. A título de ejemplo, el artículo 43 de la Ley 6/1998, de 13 de abril, establece la indemnización por reducciones de aprovechamiento derivadas de vinculaciones singulares, pero cuando lo que se produce es la confirmación de la nulidad del Plan, única razón de ser del aprovechamiento urbanístico, simplemente se confirma su inexistencia.

reviviera el mismo Plan que lo atribuyó, lo que es imposible cuando éste ha sido declarado nulo por sentencia firme. Y ello porque, aún aprobándose una revisión o modificación de Plan posterior, como aludía la nota del Registrador en el recurso que comentamos, dicho planeamiento generaría un nuevo aprovechamiento urbanístico, distinto en todo y diferente al que había sido inscrito derivado de un Plan anterior, aunque llegara a tener similar magnitud.

De este modo, la inscripción del aprovechamiento resultante del nuevo planeamiento requeriría la apertura de nuevo folio registral, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 39 del Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio, y como éste no se podría identificar con el aprovechamiento anterior, ajeno al nuevo planeamiento, no podría siquiera ser inscrito en la misma finca que el primero.

III.3. LA TRASCENDENCIA JURÍDICO-REAL DE LA NULIDAD DEL PLAN

Analizados los efectos de la nulidad del Plan sobre el aprovechamiento, su trascendencia jurídico-real es incuestionable y la referencia al aprovechamiento urbanístico en el Registro constituye una situación patológica en la que se publica con la apariencia formal de la inscripción un derecho inexistente por desaparición o, mejor dicho, inexistencia sobrevenida de su objeto.

En efecto, siendo nulo el Plan, no puede ser válido el derecho al aprovechamiento que el mismo quería generar y atribuir y esta nulidad, que es radical en el Plan, afecta al derecho inscrito y vacía de contenido a la propia inscripción de tal derecho.

Si, como hemos visto, existe una trascendencia jurídico-real derivada de la anulación del planeamiento, la evidencia de la nulidad de la inscripción, que procede en definitiva de aparentar como válido el contenido de un plan anulado, al mantenerse la mención en el Registro y la subsistencia virtual, meramente aparente, de un inexistente derecho, sólo puede generar, contra la finalidad principal del Registro, una evidente inseguridad jurídica.

En primer lugar, genera inseguridad jurídica a los terceros que pueden verse engañados por la propia mención en el Registro de derechos y objetos de derecho que no existen como tales, de modo que se pueda traficar con entelequias en perjuicio de la buena fe del tercero que adquiere únicamente una «entidad hipotecaria» sin la trascendencia jurídico-real que proclama el Registro.

Lo mismo puede suceder con el acreedor hipotecario que cree garantizar su crédito con la inscripción de su hipoteca sobre una finca que proclama un derecho inexistente o el tercero que embarga la finca y se encuentra igualmente defraudado por la propia publicidad formal del Registro de la Propiedad.

En cierto modo, esta trascendencia registral debería suponer la obligatoriedad de la inscripción de los actos y sentencias que fueran modificativos del aprovechamiento urbanístico o que declararan la nulidad del mismo, para evitar, en definitiva, incrementar la discordancia entre el Registro y la realidad jurídica tan lamentablemente extendida en ocasiones. Ello sin perjuicio del derecho a la indemnización.

Sin duda, esta labor tiene un contenido complejo, pero no por ello parece descabellado asumir su necesidad.

Y ello porque no es un supuesto en el que deba primar la voluntariedad de acceso al Registro de los actos y derechos con trascendencia jurídico-real,

sino que se trata de garantizar una adecuada seguridad jurídica en relación con el tráfico de derechos cuyo objeto, por su labilidad y carácter inmaterial, son especialmente delicados, que además nacen, se transforman y extinguen en virtud de actos administrativos.

III.4. LA PROTECCIÓN DEL TERCERO TITULAR DEL DERECHO AL APROVECHAMIENTO Y LA EJECUCIÓN DE LAS SENTENCIAS JUDICIALES ANULATORIAS DEL PLAN

La Resolución de la Dirección General, de 11 de noviembre de 2002, decide confirmar la denegación de la nota de calificación del Registrador con base en el artículo 24 de la Constitución Española y en el principio recogido en el artículo 1 de la Ley Hipotecaria en virtud del cual los asientos del Registro están bajo la salvaguardia de los Tribunales.

Viene así a asumir que la ejecución de las sentencias corresponde como facultad exclusiva a los Tribunales, tal y como defendían la nota de calificación y el informe en defensa de la nota emitido por el Registrador en el recurso gubernativo.

Que la facultad de ejecutar las sentencias está reservada a los Tribunales, no se puede discutir, por ser ésta parte de las funciones y competencias judiciales asignadas por la propia Constitución Española al poder judicial.

Sin embargo, el acceso al Registro de las resoluciones judiciales, en el caso de tratarse de ejecutorias, no requiere la presentación de mandamientos, según resulta del artículo 257 de la Ley Hipotecaria cuando señala:

«para que en virtud de resolución judicial pueda hacerse cualquier asiento en el Registro, expedirá el Juez o Tribunal, por duplicado, el mandamiento correspondiente, excepto cuando se trate de ejecutorias...».

En principio, por lo tanto, el testimonio de la sentencia que constituye una ejecutoria tiene formalmente el contenido necesario para ser objeto de inscripción en el Registro, sin necesidad de ir acompañado de mandamiento judicial, lo cual, no obstante, es posible (7).

En ese sentido, debe significarse que las sentencias declarativas de derecho pueden ser directamente inscribibles como ejecutorias sin necesidad de mandamiento, del mismo modo que como consecuencia natural de la ejecución de

(7) GÓMEZ GÁLIGO en *La calificación registral (Tomo I)*, publicada por Civitas y el Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, citando a RÓCA, comenta lo siguiente: «Es frecuente que, aun existiendo ejecutoria, llegue ésta al Registro mediante un mandamiento acordado en la ejecución de sentencia, lo cual es a veces innecesario, si el contenido de la Resolución es directamente inscribible, pero en verdad, aun en este caso, tiene a veces el mandamiento la virtualidad de una interpretación auténtica de la voluntad jurisdiccional. Roca señala que en la nulidad de inscripciones, aun siendo bastante para su cancelación del contenido de la sentencia, es práctica constantemente observada cursar mandamiento, a lo que no es ajeno el artículo 53 del Reglamento Hipotecario, que parece amparar ese criterio cuando dice "Declarada la nulidad de un asiento, mandará el Juez, o Tribunal cancelarlo..." En otras ocasiones es manifiestamente necesario el mandamiento, cuando en la sentencia se han observado para el momento de la ejecución algunas determinaciones trascendentes al Registro. Consideramos la declaración de retroactividad de la quiebra y su proyección registral que en cada caso singular deberá ser señalada».

una sentencia declarativa del dominio viene, por ejemplo, entendiendo la jurisprudencia la realización de las operaciones registrales para que conste el titular como tal en los libros, sin necesidad de haber entablado la acción de inexactitud registral (8).

En el caso resuelto por la Dirección General en su Resolución de 11 de noviembre de 2002, se presentó una ejecutoria que había sido emitida por testimonio en virtud de una instancia que pretendía precisamente su acreditación ante el Registro de la Propiedad.

Es decir, si bien no iba acompañada por mandamiento judicial, lo que como sabemos no es siempre necesario, se expidió expresamente a los efectos de poder aportarse al Registro de la Propiedad.

Si se hubiera inscrito la sentencia y cancelado las fincas que tenían inscritos décimos al aprovechamiento urbanístico resultante del Plan nulo, indudablemente se afectaba a la publicidad de ese inexistente derecho del que eran titulares registrales terceros que no se habían personado en el procedimiento.

Esta cuestión, que asume en su Fundamento de Derecho tercero la Resolución comentada, exige un análisis profundo para determinar el alcance de la condición de tercero de quien adquiere el derecho al aprovechamiento urbanístico de su titular según el Registro de la Propiedad. Este análisis alcanza a la cuestión de su participación en el procedimiento correspondiente.

En principio, serían terceros los que habrían adquirido el derecho al aprovechamiento urbanístico de quien ya era titular de él, por ejemplo, por haber sido quien lo adquiere en virtud de la cesión amigable o acuerdo expropiatorio del pago del justiprecio en especie con la Administración. Evidentemente, no era tercero hipotecario *en cuanto al aprovechamiento urbanístico* el expropiado, que lo adquiere sin que figurara la mención del aprovechamiento en el Registro previamente, aunque sí podía tener tal condición el comprador de ese derecho, una vez inscrito el suyo, si cuando adquirió lo hizo de quien era titular en el Registro de ese derecho al aprovechamiento (9).

La tradicional exigencia de que para cancelar un asiento por sentencia sea parte en el proceso su titular, que es evidente en el orden civil no lo es tanto, dada su peculiaridad, en el proceso contencioso-administrativo en el que el emplazamiento de los titulares de derecho interesados se hace como requisito bastante por la publicación en el Boletín Oficial de la interposición del recurso, aunque la Administración esté también obligada a hacerlo personalmente a quien crea que ostenta algún derecho en el mantenimiento del acto.

Pero su omisión no invalida necesariamente los efectos del proceso frente al tercero no personado en los autos.

Así, en defensa de la innecesariedad de participación en el procedimiento, el recurso gubernativo citaba una sentencia del Tribunal Constitucional, de 23 de

(8) Así lo entiende hoy la jurisprudencia desde las sentencias del Tribunal Supremo, de 4 de febrero y 5 de mayo de 1986, 6 de julio y 30 de octubre de 1987, o 3 de junio de 1989, aunque anteriormente se había sostenido lo contrario, por ejemplo, en las sentencias 16-10-78 y 7-12-1982.

(9) El artículo 34 de la Ley Hipotecaria no protege al expropiado porque el aprovechamiento urbanístico y el derecho a consolidarlo en la finca futura no constaba en el Registro con carácter previo a su adquisición. No obstante, quien compra ese derecho, cuando, ya figura inscrito entra en la condición de tercero que aquél no tenía, aunque para quedar protegido por la fe pública, debe cumplir con el resto de los requisitos exigidos por dicha norma.

febrero de 1988, que excusa de este requisito como garantía del proceso para determinados terceros que, por sus condiciones subjetivas, resulta evidente que no participan en el proceso por voluntad propia. En realidad, se trata de una presunción de conocimiento de la existencia del proceso derivada de la condición subjetiva del tercero, cuya falta de personación es interpretada como desinterés en participar en él, no causando por tanto indefensión alguna.

En cualquier caso, sí parece que pudieran entrar en el perfil establecido por el Tribunal Constitucional en la sentencia citada, al tratarse de promotores, peritos y compradores de un derecho que dependía de los actos de la Administración y exigía un especial grado de información, por lo cual, podría excusarse la objeción de que no fueron parte en el procedimiento y que tampoco constaba la anotación previa del recurso. No obstante, esta cuestión parece que quien la debería haber dilucidado era el Tribunal antes que el Registrador. Por ello, siendo cierto que no constaba en la sentencia mención a ello y que, al no existir mandamiento, no se podía presuponer que estuvieran notificados, la nota de calificación y la Resolución optan por una decisión que parece, en este punto, razonable y prudente.

A este respecto puede arrojar luz el artículo 71 del Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio, cuando define los efectos de la sentencia que ponga fin al procedimiento jurisdiccional en los supuestos de anotación preventiva por interposición de recurso contencioso-administrativo.

El citado artículo establece lo siguiente:

«Artículo 71. Efectos de la sentencia que ponía fin al procedimiento jurisdiccional

La sentencia firme que ponga fin al procedimiento contencioso-administrativo en el que se hubiera ordenado la anotación preventiva producirá los siguientes efectos:

- 1. Será título bastante para practicar los asientos dispuestos en ella.*
- 2. Cuando de la sentencia resulte la creación, modificación o extinción del dominio o de algún derecho real inscribible, se practicarán los asientos pertinentes en la forma establecida en el artículo 198 del Reglamento Hipotecario. Dicho artículo será de aplicación también respecto de la cancelación de asientos contradictorios practicados en virtud de títulos de fecha anterior a la anotación preventiva, cuando la titularidad de los derechos proceda a actos sujetos al control de los Juzgados y Tribunales contencioso-administrativos, en cuyo caso, a efectos de la cancelación de los asientos originados por los títulos a que se refiere este artículo, se resolverá en este orden jurisdiccional lo que proceda en trámite de ejecución de sentencia, previa citación de los titulares de los derechos afectos por la posible cancelación.*
- 3. Cuando de la sentencia no resulte la creación, modificación o extinción del dominio o de algún derecho real, o la modificación de la descripción de las fincas sobre las que se hubiese practicado, la propia sentencia será título bastante para la cancelación de la anotación».*

De todos modos, en el caso de que constara que habían sido partes en el procedimiento o de que expresa o tácitamente según los términos de la sentencia del Tribunal Constitucional citada hubieran renunciado a ello los terceros, no parece que pudiera admitirse la objeción de la nota de calificación ni de la

Resolución de la Dirección General, por cuanto su condición de titulares de un derecho al aprovechamiento urbanístico, cuyas notas características hemos avanzado antes, les convertía en terceros sometidos al contenido de los folios registrales y de ese mismo contenido constaba la perentoriedad del aprovechamiento urbanístico, así como su existencia sólo en cuanto el Plan fuera válido y vigente. Así, siendo su dependencia solidaria de la validez y eficacia del Plan un elemento ontológico del propio objeto del derecho, los efectos sobre las inscripciones que se refieran a él no defraudan la confianza legítima del tercero hipotecario en los asientos del Registro, sino que se producen de modo natural por la propia esencia del aprovechamiento, según además consta inscrito en los propios Libros del Registro.

A estos efectos, si bien, como hemos visto, es razonable la Resolución dictada en el asunto, en cuanto a la inexistencia del aprovechamiento y la nulidad de los actos referidos a él, no cabe duda.

Como recordaba la sentencia del Tribunal Supremo, de 28 de septiembre de 1979, *«quedando probada la no-transmisión de una finca en la segunda operación de venta, sólo incluida o pretendidamente inserta en la escritura por un error que, por sustancial, hizo inoperante la alegada transmisión, con lo que evidentemente no puede admitirse ni la violación ni la aplicación indebida del artículo 34 de la Ley Hipotecaria, por falta de objeto físico constitutivo del derecho susceptible de amparo por la fe pública registral»*.

A su vez, las sentencias de 17 de octubre de 1989 y 8 de marzo de 1993, por ejemplo, recuerdan que, para que el artículo 34 de la Ley Hipotecaria sea aplicable, debe ser válido el acto adquisitivo del tercer protegido. Si fuera nulo, se aplicaría el artículo 33 de la Ley Hipotecaria, y la declaración de nulidad afectaría al adquirente como parte que es de un acto inválido. En concreto, como dice la sentencia de 8 de marzo de 1993, *«la cualidad de tercero protegido, como puntualizó la sentencia de 18 de marzo de 1987, no la origina el acto o negocio jurídico determinante de la adquisición de un derecho al que no es ajeno o extraño el que inscribe; cuando tal acto adquisitivo del tercero es inexistente, nulo o anulable, la fe pública registral no desempeñará la más mínima función convalidante o sanatoria, ya que únicamente asegura la adquisición del tercer protegido en cuanto la misma se apoya en el contenido del Registro que para dicho tercero se reputa exacto y verdadero»*.

En consecuencia con lo señalado por todas estas sentencias que citamos, se corrobora la inexistencia del aprovechamiento urbanístico derivada de la nulidad del Plan, que es una nulidad radical siempre, por su condición de norma o disposición administrativa general, como señala, por ejemplo, la sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, de 23 de septiembre de 2003, por citar la más reciente, y no convalidable, como reconocía, por ejemplo, la sentencia de 8 junio de 2000, de la misma Sala citada en el recurso gubernativo. Ésta, al respecto, decía: *«que declarada la nulidad de las actuaciones, es claro que las nuevas que se repitan no son una convalidación de las declaradas nulas (que, como tales, han desaparecido del mundo jurídico), sino unas actuaciones independientes que tienen valor por sí mismas y no como mera convalidación de unos trámites desaparecidos»*. También señalaba que no podía haber convalidación, ya que el artículo 53 de la antigua Ley de Procedimiento Administrativo (hoy 67 de la vigente Ley) sólo permitía la convalidación de los actos anulables y no de los actos nulos de pleno derecho.

GABRIEL SORIA MARTÍNEZ