

### 3. URBANISMO

#### ANULACIÓN DE LICENCIA DE EDIFICACIÓN Y SUS EFECTOS FRENTE A TERCEROS.

por

JOSÉ LUIS LASO MARTÍNEZ

Abogado

#### I. HECHOS

El supuesto sobre el que versa el recurso reside en haberse dictado sentencia por un Juzgado de lo Contencioso-Administrativo, que adquirió carácter de firme, a partir de la cual se expidió mandamiento judicial en ejecución de la sentencia trasladando la declaración de nulidad de la licencia sobre las diversas fincas construidas al amparo de la misma.

Las fincas inscritas en virtud de la declaración de obra nueva sucesivamente habían sido objeto de constitución de hipoteca y transmitidas a diversas personas constando en los hechos de la Resolución que «del mandamiento y sentencia presentado no consta que ninguno de esos titulares de dominio ni de cargas hayan sido demandados».

De igual forma se menciona en los hechos que no se practicó anotación preventiva de demanda con anterioridad a la transmisión a dichas personas.

La nota extendida por el Registrador acuerda la denegación de la inscripción, *«porque los titulares de dominio y cargas de las siete fincas que integran la urbanización para cuya construcción se concedió una licencia anulada, ni han sido demandados ni han participado ni sido oídos en el procedimiento, siendo, además, salvo decisión judicial en contrario, terceros de buena fe y a título oneroso»*.

El defecto se califica como insubsanable interponiéndose recurso gubernativo, después de confirmarse la calificación sustitutoria por otro Registrador, en cuyo recurso se contienen las siguientes alegaciones: descritas las circunstancias anteriores el recurrente entiende que resulta infundada la referencia a la existencia de terceros adquirentes por cuanto la que se denomina propiedad urbanística ha generado un nuevo modelo por virtud del cual, como se decía ya desde la Ley de 1956, la enajenación de las fincas no modifica la situación de su titular en orden a las limitaciones y deberes instituidos en la Ley o impuestos en virtud de la misma por los actos de ejecución de sus preceptos quedando subrogado legalmente los terceros adquirentes a las consecuencias derivadas de aquellos deberes.

Las razones expuestas en el recurso fueron las siguientes:

*«Se solicitó la anotación de una sentencia firme anulatoria de la licencia: la licencia de obras de siete viviendas en Portio. La sentencia se ha dictado en los autos 74/2003 del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo, número 3 de Santander. El artículo 75 del Real Decreto 1093/1997, dispone que cuando la licencia de edificación, a cuyo amparo haya sido realizada una obra nueva, sea posteriormente declarada ilegal, por contravenir la ordenación urbanística aplicable, se hará constar por nota marginal. La nota se tomará en virtud de certificación de la*

resolución administrativa firme, o, en su caso, de la sentencia en las que se declare la ilegalidad de la licencia y que el titular registral ha sido citado en el procedimiento. En el procedimiento fue citado el titular registral de la finca ... quien se personó y defendió el asunto, siendo condenado en costas. Se solicitó la anotación preventiva de la demanda y se acordó fijando el juzgado una caución de 30.000 euros que hizo imposible su ejecución por el alto coste de la misma. En la actualidad las viviendas han sido vendidas a terceros, los cuales son conocedores de ambos procedimientos desde un primer momento, es decir, antes de firmar las correspondientes escrituras de compra habiendo tenido reuniones con el promotor para que éste asumiera la defensa en juicio de la promoción, así como con el Ayuntamiento demandado, como estos dos últimos reconocen en ejecución de sentencia...».

## II. LOS FUNDAMENTOS DE LA RESOLUCIÓN

El contenido literal de la Resolución es el siguiente:

«Vistos los artículos 307.6, 7 y 8, y 309 del Real Decreto Legislativo 1/1992, de 26 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley sobre el Régimen del Suelo y Ordenación Urbana; artículo 21 y Disposición Derogatoria única de la Ley 6/1998, de 13 de abril, de Régimen de Suelo y Valoraciones; Ley 2/2001, de 25 de junio, de Ordenación Territorial y Régimen Urbanístico de Cantabria; Resoluciones de esta Dirección General de 27 y 28 de abril de 1995.

1. La presente Resolución tiene por objeto resolver el recurso interpuesto por el letrado don..., en nombre y representación de don..., contra la negativa del Registrador de la Propiedad, número 2 de Santander, don..., a inscribir una sentencia de declaración de nulidad de una licencia de edificación. Se ordena en el mandamiento “se proceda a inscribir el fallo de la sentencia, hoy firme, cuyo testimonio se adjunta, al margen de la inscripción de la finca propiedad de...”.

La nota de calificación determina que procede la denegación porque los titulares de dominio y cargas de las siete fincas que integran la urbanización, para cuya construcción se concedió la licencia anulada, ni han sido demandados ni han participado ni sido oídos en el procedimiento, siendo, además, salvo decisión judicial en contrario, terceros de buena fe y a título oneroso.

2. En la propiedad urbana, de acuerdo con el principio de subrogación real, las limitaciones del dominio afectan con trascendencia real a todo adquirente posterior, y si bien es cierto que parece atentar contra el principio de publicidad y seguridad del tráfico, no lo es menos que aquél se encuentra resguardado por la Ley de tal modo que las limitaciones derivadas del Urbanismo en manera alguna pueden ser catalogadas como las antiguas cargas ocultas, pues este principio de la subrogación real se da respecto a toda transmisión de bienes afectados por alguna función administrativa y estas limitaciones han sido configuradas por la más moderna corriente civilística caracterizada como obligatio propter rem, que afectan al propietario de la finca por el mero hecho de serlo, sin que el actor pueda pretender ampararse en la literalidad del artículo 34 de la Ley Hipotecaria.

3. *La cuestión que se plantea en el presente recurso no es tanto determinar el alcance subrogatorio de las limitaciones legales de la propiedad urbana, sino el grado de intervención que debe tener el titular registral al objeto de que se haga constar en el Registro de la Propiedad la declaración de nulidad de una licencia de edificación.*

*Si lo que se pretende es la mera constancia por nota marginal de la declaración de ilegalidad de la licencia de edificación, de conformidad con el artículo 75 del Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio (BOE núm. 175, de 23 de julio), por el que se aprueban las normas complementarias al Reglamento para la ejecución de la Ley Hipotecaria sobre inscripción en el Registro de la Propiedad de actos de naturaleza urbanística, es suficiente que los titulares registrales hayan sido citados en el procedimiento.*

*Si lo que se hubiera pretendido hubiese sido la inscripción (cfr. art. 3089.1 del RDL 1/1992, de 26 de junio, del Texto Refundido de la Ley sobre el Régimen de Suelo y Ordenación Urbana) de la sentencia firme por la que se declare la anulación de la licencia (cfr. art. 307.7 del RDL 1/1992, de 26 de junio), hubiese sido precisa la participación del titular registral en el procedimiento, como expresamente dispone dicho precepto.*

*No constando del documento presentado que los titulares registrales hayan sido citados, el recurso debe ser desestimado», si bien, como resaltamos después, no se alude a la eventual cancelación de la inscripción de obra nueva practicada en virtud de la licencia anulada.*

El recurso es desestimado.

Sin embargo conviene precisar que al hacerlo se distingue en razón del asiento cuya práctica se solicite de tal manera que en el presente caso, en cuanto parece que lo que se pretende es la inscripción, y no la constancia por mera nota marginal, se deduce que «no constando en el documento presentado que los titulares registrales hayan sido citados, el recurso debe ser desestimado».

### III. COMENTARIOS

#### 1. CONSIDERACIONES PREVIAS

La cuestión que se suscita en el recurso al que se refiere la Resolución dictada tiene indudable interés por varias razones:

Por una parte, se produce su conocimiento en un momento en que socialmente se da cuenta de la existencia de centenares de viviendas que al parecer han sido construidas ilícitamente y de las que sus titulares son, por lo general, ciudadanos extranjeros, desconocedores del ilícito cometido.

A su vez, en el proceso incesante de aproximación del sistema urbanístico a las consecuencias del ordenamiento jurídico en su totalidad, problemas antes inexistentes van exigiendo claridad en las soluciones. En este sentido debe reconocerse que no está suficientemente regulado el régimen de inscripción de las sentencias dictadas por la Jurisdicción contencioso-administrativa en cuanto alcancen efectos registrales y a terceros.

Por último no sólo la diversidad de conceptos utilizados en la práctica sino sobre todo la falta de utilización de las medidas cautelares que introdujo

en vía administrativa y jurisdiccional la Ley de 25 de julio de 1990 y su Texto Refundido de 26 de junio de 1992, salvadas por la sentencia del Tribunal Constitucional y desarrollada después en el Real Decreto de 4 de julio de 1997, han colocado a los terceros adquirentes de buena fe en una situación de incertidumbre por la inexistencia formal de medidas cautelares que evitaran su aparición siendo así que, precisamente, las medidas cautelares, algunas susceptibles de ser otorgadas directamente por la Administración, no se han empleado, con lo cual la dejación de sus obligaciones se hace repercutir, a pesar de la clara negligencia padecida, en los terceros adquirentes.

## 2. LAS IMPRECISIONES DEL LENGUAJE DE LA RESOLUCIÓN Y EL ORIGEN DE SU CONTENIDO

La primera y forzosa clarificación que resulta imprescindible realizar, debida precisamente a la falta de técnica utilizada por la Resolución, es la inadecuada utilización de los términos empleados.

Así ocurre cuando se alude a la subrogación.

La palabra subrogación admite, como es conocido, dos variedades claramente determinadas: la subrogación real, cuando una finca sustituye a otra permaneciendo el régimen jurídico de la primera, y subrogación legal, cuando los terceros adquirentes sustituyen a los primitivos titulares de los bienes en el cumplimiento de los deberes imputables a aquéllos, aunque por razón de los bienes transmitidos.

La Resolución en el tercero de los Fundamento de Derecho alude al principio de la subrogación real que *«se da respecto a toda transmisión de bienes afectados por alguna función administrativa y éstas han sido configuradas por la más moderna corriente civilística caracterizada como obligatio propter rem, que afecta al propietario de la finca por el mero hecho de serlo, sin que el actor pueda pretender ampararse en la literalidad del artículo 34 de la Ley Hipotecaria»*.

Tal afirmación, así propuesta tan categóricamente, ni se corresponde con la subrogación real, ni, si fuera la legal, es siempre así y menos puede entenderse de forma tan tajante frente al principio de la fe pública registral.

A diferencia del cuidado tradicional del lenguaje de la Dirección curiosamente el párrafo transcrito es mera reproducción literal de las mismas palabras que emplea el recurrente, sin ninguna corrección técnica, haciéndolo pasar pues como propio, lo que revela una poco cuidada purificación del texto cuando además resulta errónea y encima viene dada por el cómodo procedimiento de reproducir los términos literales del recurso, o el moderno sistema del corta y pega instaurado por las técnicas informáticas.

Ciertamente que no puede utilizarse con rigor la palabra subrogación real para la vinculación de los terceros adquirentes en el cumplimiento de los deberes de los primitivos titulares de los bienes porque por esencia la subrogación real es la sustitución de un bien por otro con mantenimiento del régimen jurídico, permaneciendo el mismo titular y aquí a lo que se alude es a la sustitución en el cumplimiento de los deberes por los terceros adquirentes de la misma finca sobre la que se produce el hecho urbanístico.

Por tanto la subrogación real, que tan importante y esencial es en la técnica urbanística respecto de los procesos reparcelatorios, evidentemente es ajena al fenómeno de la sustitución de los terceros adquirentes en el cumplimiento de los deberes urbanísticos y precisamente por ello deben enfatizarse los efectos de la fe pública registral cuando falta la constancia registral de las

limitaciones que afectan directamente al dominio, como ha venido a reconocer la vigente Ley del Suelo del Estado de 1998 en su artículo 21.

No estamos por lo tanto ante un supuesto de subrogación real sino de subrogación legal, a la que tuvimos ocasión de referirnos en su momento al decir:

*«Tradicionalmente, con base en la obligatoriedad general de los planes y su eficacia tanto frente a la Administración como a los particulares, desde la Ley de 1956 se proclamó el principio de subrogación legal, sancionado en el primer texto legal en su artículo 71, que pasó íntegramente a ser el artículo 88 del Texto Refundido de la Ley del Suelo de 1976 y de ahí ha pasado a ser el actual artículo 32 de la Ley de 1992» (1).*

### 3. LA SUBROGACIÓN LEGAL Y SUS LÍMITES

Partiendo de esta noción, ¿la subrogación legal es ilimitada como se pretende o, por el contrario, tiene también límites, unos precisamente nacidos del sistema registral y otros derivados de la prohibición de causar indefensión a los ciudadanos?

Nuestra posición, que es a la que se acoge en lo sustancial la Resolución, quedó clara en la obra citada (2) al reducir los efectos de la misma, desde una perspectiva puramente urbanística, a las consecuencias de los ilícitos de igual carácter. Frente a un acto que consiste en un ilícito urbanístico, contemplado por las leyes como infracción frente a la que existe el deber de restaurar el orden perturbado, los terceros han de soportar esta media aunque ellos no sean los autores directos a los que sea imputable la actuación.

En cambio cuando no existe un ilícito administrativo o penal, el tercer adquirente no queda sujeto a las consecuencias derivadas de la anulación de un acto o del incumplimiento de un deber, como era particularmente relevante en la Ley 8/1990, en cuanto el incumplimiento de los plazos para edificar o urbanizar llevaban consigo la expropiación o venta forzosa con pérdida del 50 por 100 del aprovechamiento urbanístico, precisamente porque aunque hubiera tenido lugar el incumplimiento de un deber social, este incumplimiento no constituye un ilícito (3).

La idea procedente, como hemos expresado, fue recogida por la Ley del Estado de 1998 en el artículo 21, que alude expresamente a la circunstancia de la inscripción.

Pero aún existiendo un ilícito urbanístico, frente a quien no haya sido parte en el proceso, ¿cabe en todo caso la inscripción de una sentencia firme que declare la invalidez de un acto o la imposición del deber de demolición?

Nos parece adecuada la respuesta de la Dirección, a pesar del escaso rigor dado a su doctrina, porque precisamente lo que hace patente el Registro, cuando existen terceros, ya sea frente a un ilícito urbanístico o la declaración de nulidad del acto, es que el tercero, desconocedor de la existencia del pro-

---

(1) José Luis LASO MARTÍNEZ y Vicente LASO BAEZA, *El aprovechamiento urbanístico*, Madrid, Marcial Pons, 1995, pág. 271.

(2) *Ob. cit.*, pág. 287 y sigs.

(3) *Ob. cit.*, pág. 272 y sigs.

ceso, por no haber sido citado no haya podido comparecer en él por lo que, para evitar su indefensión, lo que cristaliza al menos formalmente en la inexistencia de la anotación, no se pueden trasladar al mismo los efectos de la sentencia invalidando el folio registral que está también bajo la protección de los Tribunales sin perjuicio de que pueda reiterar la Administración la iniciación de la medida cuando materialmente está sujeta a sus efectos por tratarse de un ilícito urbanístico.

Por otro lado, cuando la sentencia es anulatoria, por ejemplo, de una licencia de edificación y ésta es condición constitutiva de la válida inscripción de la declaración de obra nueva, ¿qué extensión tiene su cumplimiento?

Por una parte, es cierto que la licencia determina la legitimidad de la obra y la declaración previa a su inscripción. Pero también lo es que una vez otorgada aquélla e inscrita la obra nueva, la ilicitud del acto no genera y consume todos los efectos en la mera inscripción de la sentencia, por lo que puede inscribirse ésta, pero ello no comporta necesariamente la cancelación de la inscripción de obra nueva porque ésta no es sólo licencia sino que es el resultado de una nueva realidad existente que puede destruirse físicamente o no según ejerciten la Administración o los Tribunales las potestades que les corresponden, de tal modo que el hecho económico de la obra realizada no consuma todos los efectos con la inscripción, incluso si mediara la cancelación, ya que podrá ocurrir que la edificación construida no se demoliese o exigiera la previa indemnización y ésta no se hubiera satisfecho, por fin, si fuera la sentencia de ejecución imposible.

Por tanto, el tercero puede estar sometido a las consecuencias del ilícito cometido por su transmitente, pero si se le ha provocado indefensión obligará a reiniciar el procedimiento de ejecución, sirviendo justamente de prueba inicial de la indefensión la inexistencia de medidas cautelares de carácter registral.

Junto a estas razones, de indudable resonancia constitucional derivada de la doctrina que prohíbe la indefensión, existen además otras más cercanas socialmente como hemos dicho que, al menos, deben llevar a exigir la participación de los terceros, promoviendo en todo caso su intervención procesal.

Nos hemos referido ya anteriormente a la recepción desde la Ley 8/1990 de las cautelas registrales en la acción administrativa y en los procesos contencioso-administrativos, frente a la situación precedente cuando, con anterioridad a dicha Ley, la respuesta dada por los Tribunales de esta Jurisdicción era que la anotación del proceso sólo era aplicable en los procesos civiles, haciendo una interpretación literal del artículo 42 de la Ley Hipotecaria (4).

Producida la innovación legal, el abanico de medidas cautelares, favorecido después en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, hace fácil que la Administración, por sí misma, al iniciar un procedimiento disciplinario, pueda decretar y conseguir la anotación administrativa. Para ello no necesita el auxilio judicial ni tampoco, como es obvio, prestar una caución previa.

A su vez, iniciado el proceso contencioso también se puede pedir como medida cautelar la anotación aunque, a veces, la cuantía de la caución es tan elevada como se reconoce en el recurso, que las hace imposible.

---

(4) LASO MARTÍNEZ, José Luis, «Anotaciones preventivas de origen administrativo creadas por la Ley 8/1990», en *Revista de Derecho Urbanístico*, núm. 122, de 1991, pág. 53, y «Cautelas registrales por el proceso contencioso-administrativo», en la *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 77, año 1993.

Cuando ello no ocurre así, ¿cabe lícitamente trasladar a los terceros adquirentes las consecuencias del ilícito de manera inmediata sin que sean previamente oídos?

Esta es la doctrina que sanciona con buen criterio la Dirección, aunque con la sola referencia a la no inscripción de la sentencia, sin desvelar si la sentencia se limitaría a hacer pública en el Registro la sentencia existente en la realidad o tendría también efectos cancelatorios de la inscripción de obra nueva amparada en la licencia anulada.

A la vista de todo ello si no se acredita la existencia del proceso con el emplazamiento de terceros y especialmente la Administración o los interesados al no adoptar o piden medidas cautelares, ¿son oponibles a terceros sus efectos?

Otra cosa es que emplazados para comparecer o conocedores de modo fehaciente de la existencia del proceso decidan no comparecer en cuyo caso al no haber indefensión no pueden impedirse los efectos plenos de la resolución de que se trate.

Trasladando la cuestión a los términos a los que nos referíamos en un principio, se puede promover la inscripción masiva de sentencias condenatorias de ilicitud de centenares de viviendas frente a terceros extranjeros que desconocen los vicios de que adolecen aquéllas. Puede la dejadez de la Administración en utilizar sus prerrogativas, trasladar a terceros los efectos de una ilicitud cuando puede admitirlas previamente del riesgo y no adoptó negligerentemente medida alguna para hacerlo.

#### 4. ALGUNOS TESTIMONIOS DE LA JURISPRUDENCIA

Cuanto acabamos de decir no tiene aún reflejo suficiente en la jurisprudencia.

Valga como prueba de ello la sentencia del Tribunal Supremo de 17 de mayo de 2006, que literalmente dice:

*«a) Desprendiéndose de los escritos de preparación y de interposición del recurso de casación que los perjuicios que se tratan de evitar con la medida cautelar solicitada son los que podrían experimentar terceros adquirentes de los apartamentos construidos al amparo de la licencia, y desprendiéndose también —ver folio 22 del segundo de dichos escritos— que tales apartamentos están ya construidos e incluso vendidos, claro parece que la finalidad legítima que con el recurso contencioso-administrativo persigue la Comunidad de Propietarios actora, no está en riesgo por el solo hecho de la no adopción de la medida cautelar; o, en otras palabras, que la adopción de ésta no supera el umbral de la conveniencia, no siendo imprescindible para proteger los intereses de aquélla. Recuérdese aquí que la enajenación de los apartamentos no constituye en sí misma un obstáculo jurídico que impida el restablecimiento de la legalidad urbanística, pues el artículo 34 de la Ley Hipotecaria no ampara la pervivencia de lo ilegalmente construido y el artículo 21 de la Ley 6/1998, sobre Régimen del Suelo y Reglas de Valoración, contempla la subrogación del nuevo titular en el lugar y puesto del anterior propietario en sus derechos y deberes urbanísticos. Y b) Desprendiéndose también de lo que se dice en aquel folio 22 del*

escrito de interposición que las ventas de apartamentos efectuadas constan en una relación incorporada a los folios 177, 178 y 179 de los autos, en virtud de escrito que la mercantil constructora presentó con fecha 25 de septiembre de 2003, e incluso que ya se han producido "personaciones de adquirentes de apartamentos en documento privado en el presente recurso como interesados en el mismo", claro es que una parte de esos terceros conocen ya la existencia del litigio y que en los autos obran datos bastantes para poder asegurar la realidad de ese conocimiento por los restantes; de suerte, en fin, que desde esta segunda perspectiva, la de la protección de los terceros, la adopción de la medida cautelar que se solicita pierde asimismo buena parte de la razón de ser o del fundamento al que responde.

Consideraciones, todas ellas, que en la valoración circunstanciada de todos los intereses en conflicto que exige el artículo 130.1 de la Ley de la Jurisdicción, entre los que se encuentran, también, los de la mercantil titular de la licencia de no ver dañado su proyecto empresarial más allá de lo necesario, conducirían igualmente, en el caso de autos, a la denegación de la medida cautelar. Consideraciones, no se olvide, que añadimos a mayor abundamiento, pues lo decisivo para llegar en este recurso de casación al pronunciamiento desestimatorio que obtenemos no es sino el razonamiento expuesto en el segundo de los Fundamentos de Derecho de esta sentencia».

No obstante la tendencia a la generalización de las anotaciones preventivas y el efecto aportado por la realidad social deben avalar en la práctica la doctrina de la Dirección General.

#### RESUMEN

#### ABSTRACT

#### LICENCIA DE EDIFICACIÓN

#### BUILDING LICENCE

*Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 2 de junio de 2006, que confirma la nota de calificación derivada de la petición de inscripción de una sentencia firme por la que se anula una licencia de edificación.*

*Decision by the General Directorate of Registers of 2 June 2006 confirming the classification note regarding the application for an enforceable Judgment cancelling a building licence to be registered.*