

3. URBANISMO

LA EJECUCIÓN DE LAS SENTENCIAS QUE ANULAN O DECLARAN NULAS LICENCIAS DE EDIFICACIÓN Y SU CALIFICACIÓN REGISTRAL

por

GABRIEL SORIA MARTÍNEZ

Abogado

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN: LA CONSTANTE COLISIÓN ENTRE LOS PRONUNCIAMIENTOS JUDICIALES EN MATERIA DE DISCIPLINA URBANÍSTICA Y LA DEFENSA DEL TERCERO HIPOTECARIO.—II. LA RESOLUCIÓN DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO DE 16 DE JULIO DE 2010 (*BOE* DE 18 DE SEPTIEMBRE DE 2010).—III. A VUELTAS CON LA EJECUTIVIDAD DE LAS SENTENCIAS, LA SUBROGACIÓN LEGAL EN LOS DEBERES URBANÍSTICOS, LA SEGURIDAD JURÍDICA Y LA PROHIBICIÓN DE INDEFENSIÓN DE LOS TERCEROS: UNA APROXIMACIÓN CONSIDERANDO LA FUNCIÓN MERMAMENTE REVISORA DE LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA Y EL PROCEDIMIENTO DE RESTABLECIMIENTO DE LA LEGALIDAD PREVISTO EN LA LEGISLACIÓN URBANÍSTICA.

I. INTRODUCCIÓN: LA CONSTANTE COLISIÓN ENTRE LOS PRONUNCIAMIENTOS JUDICIALES EN MATERIA DE DISCIPLINA URBANÍSTICA Y LA DEFENSA DEL TERCERO HIPOTECARIO

Desde esta tribuna venimos analizando con periodicidad las resoluciones judiciales y de la Dirección General que tratan el problema de la eficacia frente a terceros de las decisiones sobre su patrimonio emitidas en procesos sobre disciplina urbanística.

En el presente comentario aprovechamos la Resolución de 16 de julio de 2010, para volver sobre el asunto, dado que la Dirección General vuelve a proteger los derechos inscritos del tercero frente a la pretensión de la inscripción de una sentencia que declara la nulidad de una licencia sin su intervención y sin constancia registral del proceso.

En el número 702 de esta Revista, tuve la ocasión de comentar la sentencia de la Sección 5.^a de la Sala 3.^a del Tribunal Supremo, de 4 de mayo de 2004, en relación con la Resolución de 7 de noviembre de 2002, significando que la única interpretación posible de la citada sentencia y la jurisprudencia concordante es que no se puede modificar el contenido del fallo de una resolución judicial firme sino por las vías reconocidas por la Ley, ya que los Tribunales entienden que no se da un supuesto de imposibilidad legal de ejecución cuando aparecen terceros que no fueron parte en el proceso. Además, en el citado artículo manifestaba que, por supuesto, los terceros pueden defender la vulneración de sus derechos por la vía del incidente de nulidad contra las sentencias firmes que les afecten. Es decir, personalmente sostengo que en un Estado de Derecho no puede condenarse a nadie sin ser oído, lo que supone la posibilidad de que quien vaya a ser directamente afectado por una resolución judicial firme pueda plan-

tear la nulidad de un proceso que se desarrolló sin su participación. En ese sentido, por ejemplo, si para la legislación urbanística actual la acción de restauración del orden jurídico perturbado debe dirigirse contra el promotor y el propietario o a la persona interesada, como, por ejemplo, señalan la Ley del Suelo de la Comunidad de Madrid en su artículo 195.1 o el artículo 198.1 del Texto Refundido de la Ley de Urbanismo de Cataluña, no parece que el titular del dominio pueda ser ajeno al proceso, salvo que se haya constituido en rebeldía.

Más allá de esta cuestión, en el presente trabajo se analizará si se puede ordenar la demolición de las edificaciones inscritas al amparo de una licencia declarada ilegal sin proceder a la expropiación o a la enervación del derecho del titular, garantizando que se le indemnice de acuerdo con lo previsto legalmente. Esto no supone que las sentencias no deban cumplirse, sino que en el proceso de ejecución no pueden desconocerse tampoco los derechos del afectado, a la vez que, como se expondrá más adelante, la función revisora de la jurisdicción contencioso-administrativa no debería conferirle en materia de disciplina urbanística más potestades que las de la Administración a la que controla y corrige.

Finalmente, en el presente trabajo se razonará sobre si es oponible o no por el propietario de la edificación cuya licencia se anula el plazo de caducidad de la acción de la Administración que las leyes urbanísticas conceden a los titulares de bienes clandestinos construidos sin la preceptiva autorización administrativa.

En suma, parece que la ejecución de las sentencias en materia de disciplina, por sus variadas implicaciones, no pueden resolverse con una justicia ciega, frente a lo que sostiene el conocido aforismo y, menos aún, intempestiva. De esta manera, si, por ejemplo, los expedientes administrativos en esta materia están sometidos a unos plazos de caducidad y unas exigencias de procedimiento estrictas en beneficio del ciudadano, no parece descabellado que la Ley se planteara exigir a los procesos judiciales las mismas garantías como mínimo.

Con motivo de la reciente Resolución, de 16 de julio de 2010, podemos analizar estas cuestiones y otras directamente relacionadas con los derechos del tercero en los procesos de restauración del orden jurídico perturbado intentando encontrar una solución que respete el interés público y la legalidad urbanística, pero sin vulnerar los derechos fundamentales de los ciudadanos.

II. LA RESOLUCIÓN DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO, DE 16 DE JULIO DE 2010 (BOE DE 18 DE SEPTIEMBRE DE 2010)

Siguiendo la estela de las anteriores Resoluciones de 25 de junio y 31 de julio de 1998, 7 de noviembre de 2002 y 2 de junio de 2006, entre otras, la Resolución de 18 de septiembre de 2010 vuelve a denegar la inscripción de una sentencia judicial firme, aunque haya sido presentada bajo mandamiento, en defensa de los titulares registrales afectados que no consta fueron parte en el proceso judicial correspondiente.

En los Fundamentos del Derecho de la citada Resolución, se sostiene la calificación negativa de la titular del Registro de la Propiedad número 2 de A Coruña, señalando:

«Vistos los artículos 20 de la Ley Hipotecaria; 19 y 51.7 del Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Suelo; 67 y 75 del Decreto 1093/1997, de 4 de julio, por el que se aprueban las

normas complementarias al Reglamento para la ejecución de la Ley Hipotecaria sobre inscripción en el Registro de la Propiedad de actos de naturaleza urbanística; sentencia del Tribunal Constitucional 192/1997, de 11 de noviembre; sentencia del Tribunal Supremo, de 20 de abril de 2004; Resoluciones de esta Dirección General, de 27 y 28 de abril de 1995, 7 de noviembre de 2002 y 2 de junio de 2006.

1. Se debate en este recurso la posibilidad de hacer constar en el Registro de la Propiedad la sentencia judicial firme de declaración de nulidad de una licencia de obras, siendo así que el procedimiento no se ha seguido contra los titulares registrales.

Es preciso hacer constar, con carácter previo, que no estamos en presencia de una anotación preventiva ordenada en un proceso contencioso-administrativo, como afirman la registradora y la recurrente, ya que la anotación preventiva es una medida cautelar, mientras que en el presente caso, el título cuya inscripción se pretende es una sentencia firme de declaración de nulidad de la licencia de obras.

2. De conformidad con el artículo 19 del Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Suelo, la transmisión de fincas no modifica la situación del titular respecto de los deberes del propietario conforme a esta Ley y los establecidos por la legislación de la ordenación territorial y urbanística aplicable o exigibles por los actos de ejecución de la misma. El nuevo titular queda, por tanto, subrogado en los derechos y deberes urbanísticos del anterior propietario, así como en las obligaciones por éste asumidas frente a la Administración competente y que hayan sido objeto de inscripción registral, siempre que tales obligaciones se refieran a un posible efecto de mutación jurídico-real.

Los intereses generales urbanísticos de la Administración Pública podrán satisfacerse si ésta se dirige contra el titular registral para hacer efectivas las obligaciones derivadas del planeamiento, puestas de manifiesto —en lo que a este expediente se refiere— en sentencia dictada en la jurisdicción contencioso-administrativa.

3. Ahora bien, la cuestión que se plantea en el presente recurso no es tanto determinar el alcance de la sucesión ex lege de los deberes del propietario conforme a la legislación urbanística, 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 por resolución judicial.

4. Como ya dijera esta Dirección General en su Resolución de 7 de noviembre de 2002, el respeto a la función jurisdiccional, que corresponde en exclusiva a los Jueces y Tribunales, impone a todas las autoridades y funcionarios públicos, incluidos por ende los Registradores de la Propiedad, la obligación de cumplir las resoluciones judiciales. Pero no es menos cierto que el Registrador tiene, sobre tales resoluciones, la obligación de calificar determinados extremos, entre los cuales no está el fondo de la resolución, pero sí el de examinar si en el procedimiento han sido citados aquellos a quienes el Registro concede algún derecho que podría ser afectado por la sentencia, con objeto de evitar su indefensión, proscrita por el artículo 24 de la Constitución Española y su corolario registral del artículo 20 de la Ley Hipotecaria.

5. De esta forma, aunque los titulares registrales en el momento de la iniciación de tal procedimiento fueran citados, no se puede dejar indefensos a los titulares actuales, los cuales deberían haber sido advertidos oportunamente de la situación existente —lo que en consecuencia, hubiera evitado su indefensión— si la demanda se hubiera anotado preventivamente, tal y como previene el artícu-

lo 67 del Decreto 1093/1997, de 4 de julio, por el que se aprueban las normas complementarias al Reglamento para la ejecución de la Ley Hipotecaria sobre inscripción en el Registro de la Propiedad de actos de naturaleza urbanística (sentencia del Tribunal Supremo, Sala 3.ª, de 20 de abril de 2004; y sentencia del Tribunal Constitucional 192/1997, de 11 de noviembre).

6. Es importante destacar que el adquirente de la finca no ha tenido oportunidad de conocer el procedimiento ni a través de la anotación preventiva de la demanda en el Registro, ni a través de un emplazamiento en el procedimiento administrativo ni judicial. No habiéndose instado oportunamente la anotación preventiva de la demanda —pudiendo hacerse—, no puede ahora pretenderse hacer efectiva la sentencia dictada en la jurisdicción contencioso-administrativa contra el actual titular registral que no ha tenido participación en el procedimiento.

Como se dijo anteriormente, no quiere esto decir que los intereses generales urbanísticos queden sin protección, sino que la Administración debe iniciar una nueva actuación contra el titular registral con el objeto de acomodar los pronunciamientos registrales a la normativa urbanística, a través de un procedimiento en el que el titular registral sea oído y pueda alegar lo que a su Derecho convenga.

Por eso todavía es procedente la constancia por nota marginal de la declaración de ilegalidad de la licencia de edificación, si bien de conformidad con el artículo 75 del Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio, por el que se aprueban las normas complementarias al Reglamento para la ejecución de la Ley Hipotecaria sobre inscripción en el Registro de la Propiedad de actos de naturaleza urbanística, es necesario que los titulares registrales sean citados en el procedimiento.

Se colige de todo lo anterior que no cabe la inscripción (cfr. art. 51.7 del Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley sobre el Régimen del Suelo) de la sentencia firme por la que se declare la nulidad de la licencia. Por el contrario, para que tal inscripción hubiera sido posible, habría sido necesaria la participación del titular registral en el procedimiento, como expresamente dispone dicho precepto.

7. No constando en el expediente la citación ni la participación en el procedimiento de los titulares registrales, no procede ahora la práctica de la nota marginal de declaración de ilegalidad de la licencia ni la inscripción de la sentencia firme de declaración de nulidad de la licencia.

En consecuencia, esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso y confirmar la nota de calificación de la Registradora en los términos que resultan de los anteriores pronunciamientos».

Como primer comentario, la Resolución reproducida no viene sino a insistir en que los principios de seguridad jurídica y tutela judicial efectiva, así como la protección que la Ley Hipotecaria concede al tercero hipotecario impiden la inscripción de actos jurídicos que afecten a su derecho inscrito sin su conocimiento o intervención.

En un análisis más profundo, la Resolución ofrece un rico argumentario en favor de los derechos del tercero por cuanto señala:

1.º) «*No habiéndose instado oportunamente la anotación preventiva de la demanda —pudiendo hacerse—, no puede ahora pretenderse hacer efectiva la sentencia dictada en la jurisdicción contencioso-administrativa contra el actual titular registral que no ha tenido participación en el procedimiento.*».

Esta afirmación tiene más calado del que parece porque la Resolución afirma sin paliativos que al titular registral no le es oponible la sentencia dictada en un proceso en el que no se le concedió el derecho a defenderse. Es decir,

sin perjuicio de que luego se matice esta afirmación, como se verá, y que en el inicio de los Fundamentos también se aluda a la subrogación legal de los derechos y deberes urbanísticos del propietario, lo cierto es que la Dirección General afirma con toda claridad que una sentencia dictada en un proceso sin la posibilidad de la participación del tercero hipotecario no le es oponible. Es decir, que, aunque se declare en el seno de la protección del contenido del Registro, que es la competencia del órgano decisorio, lo cierto es que esta inoponibilidad se afirma con carácter general, con toda solidez por otra parte.

2.º) «...no quiere esto decir que los intereses generales urbanísticos queden sin protección, sino que la Administración debe iniciar una nueva actuación contra el titular registral con el objeto de acomodar los pronunciamientos registrales a la normativa urbanística, a través de un procedimiento en el que el titular registral sea oído y pueda alegar lo que a su Derecho convenga».

La Dirección ofrece una alternativa para la plena efectividad de la sentencia: la depuración del expediente con la intervención del titular. Esto, como señalé en el Comentario antes referido publicado en el número 702 de esta Revista, no es lo que declara la Sala Tercera del Tribunal Supremo en su sentencia de 4 de mayo de 2004, entre muchas otras, que defienden sin fisuras la ejecutividad de las sentencias en materia de disciplina urbanística *erga omnes* con independencia de sus efectos singulares sobre los obligados a ejecutarlas.

Sin embargo, como avanzamos en la introducción, parece incuestionable que en un Estado de Derecho nadie puede ser condenado sin ser oído y que la subrogación legal nunca puede amparar la indefensión al propietario ignorante de la tramitación de un expediente y un proceso que le afectan directamente.

La propia jurisprudencia está admitiendo la necesidad de citar a los terceros en los expedientes de disciplina urbanística, por ejemplo, en sentencias como la de 26 de octubre de 2001, dictada en el recurso de casación número 3010/1997, al menos cuando están identificados, por lo que la exigencia de una notificación inicial y la previsión de la anotación preventiva, al menos cuando la incoación del expediente es de oficio, parece el modo más razonable de armonizar la doctrina de la Dirección General con la de la Sala Tercera del Tribunal Supremo.

III. A VUELTAS CON LA EJECUTIVIDAD DE LAS SENTENCIAS, LA SUBROGACIÓN LEGAL EN LOS DEBERES URBANÍSTICOS, LA SEGURIDAD JURÍDICA Y LA PROHIBICIÓN DE INDEFENSIÓN DE LOS TERCEROS: UNA APROXIMACIÓN CONSIDERANDO LA FUNCIÓN MERAMENTE REVISORA DE LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA Y EL PROCEDIMIENTO DE RESTABLECIMIENTO DE LA LEGALIDAD PREVISTO EN LA LEGISLACIÓN URBANÍSTICA

De acuerdo con la Dirección General, desde Laso & Asociados venimos defendiendo reiteradamente que para un jurista resulta difícil aceptar que una sentencia que declara la nulidad de una licencia y ordena la demolición de un inmueble pueda ser oponible a un tercero que no ha sido oído en el proceso, especialmente si con ello se afecta directa y radicalmente a derechos fundamentales como el domicilio o la propiedad, a parte de que el principio de que *nadie puede ser condenado sin haber sido oído en un proceso con todas las garantías* cobra especial relevancia cuando se trata de un proceso prácticamen-

te sancionador y cuya ejecución comportaría la desaparición parcial o total del objeto sobre el que recae.

La Resolución de la Dirección General, de 16 de julio de 2010, asume la posición que en ese sentido se viene defendiendo haciéndose eco de la sentencia 192/1997, de 11 de noviembre de 1997, de la Sala 1.^a del Tribunal Constitucional, que invocábamos en el artículo del número 702 de esta revista, por la que es obligado admitir el recurso de los terceros que no fueron parte en el proceso, pero impugnan la sentencia cuando la conocen, incluso en supuestos de nulidad de licencia. Dicha sentencia resumía su doctrina en los términos siguientes:

«Con toda obviedad, la actuación inicial del órgano judicial fue correcta constitucionalmente cuando procedió a emplazar a la Administración autora del acto y a la entidad titular de la licencia de obras y otro tanto debe decirse, como ya se acaba de anticipar, respecto de su actuación cuando tiene un relativo conocimiento de los codemandados, es decir, de aquellas personas que habían adquirido pisos en el inmueble y que ningún interés se manifestó respecto a su intervención en el proceso contencioso-administrativo del que por una relación con la constructora no era demasiado aventurado presumir que conocían. Ahora bien, cuando los ahora recurrentes tienen conocimiento de la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Cantabria presentaron un escrito a la Sala personándose en el proceso, solicitud que fue denegada por providencia de 31 de mayo de 1994, frente a la cual interpusieron recurso de súplica que fue desestimado por Auto de 29 de junio del mismo año que confirmó la inadmisión de la personación en Autos de los ahora recurrentes. Y, en este momento, sí se produjo una situación de indefensión para los ahora demandantes en amparo, pues teniendo un interés legítimo, como antes quedó dicho, no se les dio la oportunidad de defenderse, posición procesal de parte que, entre otras cosas, podía suponer, en su caso, la posibilidad de interponer el correspondiente recurso de casación, así como el hacer valer los derechos de que se considerasen asistidos, respecto de la eventual demolición de las viviendas de las que eran titulares en la fase de ejecución provisional o definitiva».

La misma posición han mantenido sentencias de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, como la citada anteriormente de 26 de octubre de 2001.

Con independencia del problema procesal indicado, debe tenerse en cuenta que cuando se restaura el orden jurídico perturbado tras la anulación de una licencia, lo normal es que se genere simultáneamente la responsabilidad patrimonial de la Administración en los términos que recoge hoy el artículo 35.d) del Texto Refundido de la Ley de Suelo, de 26 de junio de 2008. Como la desaparición o adaptación del inmueble, que se construyó al amparo de la licencia, supone un evidente daño al titular, cuando no la amenaza a su domicilio, lo razonable y ponderado sería que con carácter previo a la ejecución material de las obras, se determinara la responsabilidad y se evaluara garantizando que el afectado no va a verse perjudicado patrimonialmente por la anulación de la licencia y el error de la Administración. Otra alternativa sería reconocer que para proceder a la demolición, en su caso, habría que expropiar los derechos del propietario de lo edificado que lo es, aunque se haya declarado ilegal lo construido bajo licencia. Otra interpretación supondría trasladar directamente los perjuicios del error de la Administración al ciudadano que actuó bajo su tutela.

A este respecto, cabe recordar que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TDEH) insiste en defender los derechos de los administrados cuando

se les priva de un *bien* en el sentido del artículo 1 del Protocolo Adicional 1.º del Convenio de los Derechos del Hombre y el Ciudadano y las Libertades Fundamentales, entendiendo por bien un concepto más amplio del mero derecho a la propiedad de elementos materiales, incluyendo intereses patrimoniales muy variados. Cabe citar al respecto las sentencias *Latridis contra Grecia*, de 25 de marzo de 1998 (asunto núm. 31107/96), *Kopecky contra Eslovaquia*, de 28 de septiembre de 2004 (asunto núm. 44912/98), o, más recientemente, *Brossel-Triboulet y otros contra Francia* (asunto 34078/02) y *Depalle contra Francia* (asunto 34044/02), ambas de 29 de marzo de 2010.

En sentencias tan recientes como la de *Depalle contra Francia*, analizando los efectos de la legislación de costas francesas sobre los derechos de los ciudadanos titulares de edificaciones sobre el dominio público, el TDEH realiza una clara distinción entre las situaciones en que las viviendas se edifican con autorización y legalmente de aquéllas en que son ilegales. En aquellos autos considera que el Estado francés no es responsable de la situación de precariedad de las viviendas, pero porque no hay actos de autorización sino de mera tolerancia o autorizaciones en precario que no confieren derechos al administrado sino solo expectativas que se prolongan en el tiempo.

En cualquier caso, lo que evidencia la jurisprudencia indicada es que los bienes protegidos por el Convenio incluyen derechos muy variados y que la autorización de una construcción incluso en el dominio público natural comporta el reconocimiento de derechos a favor del titular que en ese caso debe ser indemnizado. Quiere ello decir que por la misma evidencia que para las edificaciones en dominio público, cuando una edificación construida con licencia sobre suelo propio resulta despojada de la autorización por una sentencia judicial, la situación del afectado no es diferente de una expropiación, a los efectos del Convenio de los Derechos del Hombre y el Ciudadano. Así se deduce de las afirmaciones del TDEH en las citadas sentencias y en otras como la del asunto *Brumarescu contra Rumanía*, de 28 de octubre de 1999 (asunto núm. 28342/95) en las que se advierte que el Convenio impone analizar si las actuaciones constituyen una expropiación *de facto* o suponen una carga excesiva para el ciudadano, como señalaban las sentencias de 23 de septiembre de 1982 y 18 de diciembre de 1984 de los casos *Sporrong y Lörrroth contra Suecia* (asuntos núms. 7151/75 y 7152/75). Todo esto debe tenerse en cuenta a la hora de definir los derechos de los propietarios de una vivienda cuya licencia se anula y debe demolerse porque, de la misma manera que la Ley impone el realojo o la previa indemnización para el lanzamiento en la expropiación, debe, sin duda, considerarla en estos casos.

Lo cierto es que, como una consecuencia inmediata de la anulación de las sentencias se está ordenando la demolición por las sentencias resolutorias de los recursos en esta materia y cuestiones como la previa determinación de la indemnización o el realojo no se están contemplando adecuadamente. Sentencias como la de la Sección 5.ª de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, de 22 de julio de 2005, dictada en el recurso de casación 9737/2003 soportan la constante jurisprudencia por la que, declarada la nulidad de la licencia, la demolición es una consecuencia implícita de aquel pronunciamiento. La sentencia indicada resume la doctrina del Tribunal en esta cuestión en su Fundamento Cuarto en los siguientes términos:

«...es jurisprudencia de este Tribunal Supremo la que afirma con reiteración que, tratándose de obras realizadas al amparo de una licencia que contraviene normas urbanísticas, la anulación de ésta comporta la obligación de demolición

de aquéllas; de suerte que, ni la sentencia que acuerda ésta, aunque no hubiera sido pedida, es incongruente, ni se rebasa el sentido del título ejecutivo cuando se ordena tal demolición en la fase de ejecución pese a que el título solo contuviera explícitamente el pronunciamiento anulatorio de la licencia (por todas, pueden verse las sentencias de 3 de julio de 2000, 19 de noviembre de 2001, 26 de julio de 2002 y 7 de junio de 2005, dictadas, respectivamente, en los recursos de casación números 2061/1995, 4060/1999, 3303/2000 y 2492/2003). Por tanto, anuladas las licencias deben, en principio, demolerse las obras realizadas a su amparo. La Sala de instancia no ha rebasado, también en principio, el sentido del título ejecutivo».

Al respecto, cabe advertir que los principios de seguridad jurídica, proporcionalidad, tutela efectiva y equidad impiden una decisión intempestiva que prive de su propiedad y arroje fuera de su domicilio a quien lo ocupa fundado en un acto administrativo que ha sido anulado varios años después de terminar las obras sin una advertencia previa de la amenaza que se cernía sobre su derecho, sin la oportunidad de defenderse y sin una previa indemnización de los derechos que se derivan de la licencia anulada.

En el mismo sentido, debe manifestarse que, frente a lo que han sostenido en ocasiones los Tribunales, claro que cabe cuestionar una decisión automática que ordenara la demolición directamente, junto con la declaración de nulidad de la licencia porque *a priori* implicaría un supuesto de la cuestión. Desde luego, no parece ponderada ni acorde con el régimen jurídico de la jurisdicción contencioso-administrativa y, menos aún, con la naturaleza de las cosas, en relación con los procedimientos previstos para el restablecimiento de la legalidad urbanística.

En efecto, aunque la vigente Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa ha extendido la competencia de los Tribunales de esa clase a la inactividad de la Administración y a otros supuestos distintos de la emisión de actos administrativos, se mantiene en la posición de la anterior Ley de 27 de diciembre de 1956, que en su Exposición de Motivos dejaba clara la función revisora que tienen asignada. Así cuando la actual Ley de la jurisdicción establece en su artículo 1.1 que la jurisdicción contencioso-administrativa conoce de las pretensiones que se deduzcan «en relación con los actos de la Administración Pública sujetos al Derecho administrativo y con las disposiciones de categoría inferior a la Ley», mantiene la naturaleza revisora acorde, por otro lado, con la presunción de legalidad de los actos administrativos deducida de los artículos 103 de la Constitución y 57 de la LRJAPC.

Pues bien, este carácter revisor no es intrascendente a la hora de analizar el problema de la ejecución de las sentencias en materia de disciplina urbanística y, en especial, las referentes a la anulación de licencias. En efecto, si el acto que emitió la Administración fue el otorgamiento de una licencia, la sentencia que resuelva sobre la legalidad del acto debería limitarse a anularlo o declarar su nulidad. Esta declaración impondrá su ejecución y, por lo tanto, la Administración, constatada la anulación o la nulidad y que la edificación carece de autorización, habrá de iniciar el expediente de restauración del orden jurídico perturbado contra el propietario, que es el que debe sopor tar el deber de restablecer la situación asegurando la conformidad de la situación física con la que resulta de la Ley y el Planeamiento urbanístico. Pero, de acuerdo con el modelo legal, en definitiva, se trataría de incoar el expediente que la Ley establece para la tramitación administrativa de las obras sin licen-

cia, que exige un primer requerimiento de legalización, previo al que ordena la demolición, sin pasar directamente de la enervación del título habilitante de la obra a la orden de derribo.

Es decir, si para las obras realizadas sin licencia existe una tramitación administrativa desde que se constata esta circunstancia, para las realizadas al amparo de una licencia ilegal, la consecuencia lógica será tramitar el expediente de legalización con el resultado que se derive de él, que podrá ser la demolición, pero solo tras la tramitación de ese expediente.

Esto es esencial porque la ejecución de la sentencia implicará la tramitación de ese expediente y el Tribunal debe exigir su tramitación en ejecución de su sentencia, pero no parece razonable presuponer ni imponer el resultado cuando no se ha cursado el procedimiento previsto para ello ordenando anticipadamente la demolición.

Se revela también especialmente importante cuando se analiza a la luz de la doctrina que sostiene la Sala Tercera del Tribunal Supremo, por la que la ejecutividad de las sentencias provoca la necesaria demolición aunque el titular del edificio no fuera siquiera parte en el procedimiento.

La consecuencia inequívoca de una sentencia que anulara la licencia y ordena la demolición es que al titular de la edificación incluso cuando fue parte en el procedimiento se le priva de varios derechos que tiene reconocidos en la Ley: el derecho a que, incluso cuando una obra es ilegal y odiosa al ordenamiento jurídico por haberse realizado sin licencia se tramite un expediente de legalización previo a la orden de demolición, el derecho del titular de una obra ilegal a la caducidad de la acción de la Administración para perseguir el ilícito una vez transcurrido de cierto plazo después de estar terminada la obra sin que se le hubiera requerido para la legalización, y el derecho a que con carácter previo a la privación de sus bienes se le expropie o indemnice.

En ese sentido, la Ley distingue siempre entre obras en curso de ejecución y obras ejecutadas. Cuando las obras amparadas en la licencia que se considera nula están terminadas, la Ley lo que permite es la revisión. Así cabe citar el artículo 199 de la Ley 9/2001, del Suelo de la Comunidad de Madrid; el artículo 200 del Texto Refundido de la Ley de Urbanismo de Cataluña, o el artículo 190 de la Ley de Ordenación Urbanística de Andalucía. La revisión luego da lugar al requerimiento de legalización y, en su caso, la resolución de este expediente lleva a la orden de demolición.

En definitiva, lo que se produce con una orden de demolición inmediata en un fallo judicial que declara la nulidad de la licencia es un supuesto de la cuestión y un trato peor al titular de una licencia que actuó confiado en la acción de la Administración y en la presunción de legalidad de sus actos del que recibe el que realizó o adquirió las obras sin el amparo formal de la autorización y de manera clandestina. La quiebra del principio de igualdad es absoluta: el titular de una obra ilegal que nunca dispuso de licencia puede intentar legalizarla y si no le requirieron antes de un determinado plazo desde que finalizó, se verá liberado de la orden de demolición, pero el que edificó con licencia luego anulada recibe un fallo múltiple que le condena a la demolición sin el derecho al procedimiento intermedio que al ilegal se le concede.

Así, cabe sostener que cuando la legislación establece que la Administración solo puede requerir la legalización de las obras sin licencia antes de que hubieran transcurrido ordinariamente cuatro años (a veces seis, como en el supuesto de la legislación catalana), pero no después, como el titular de la edificación cuya licencia fue declarada nula se encuentra ahora, de repente, en

la situación del que carecía de licencia debe tratársele desde ese momento, por lo menos, como a aquél.

En sentencias del Tribunal Supremo, como las de 21 de diciembre de 2001 (Aranzadi 5923) y de 19 de febrero de 2002 (Aranzadi 1363) se ha declarado solemnemente la caducidad de la acción de la Administración para restaurar el orden jurídico perturbado por el transcurso del plazo legal. La primera de las sentencias citadas, dictada siendo Ponente el Excmo. Señor Magistrado don Jorge Rodríguez-Zapata Pérez, determinó claramente que: «...la infracción urbanística cometida prescribió cuatro años después del 23 de septiembre de 1987, fecha en la que se ha declarado probado que finalizaron las obras, por lo que no se podían ejercer ya las potestades municipales para restablecer la legalidad urbanística y exigir que las obras ilegales se ajustasen a la licencia otorgada en su día. Conforme a la doctrina de las sentencias que invoca, el 23 de septiembre de 1991 la situación del edificio ilegal estaba ya consolidada vista desde la perspectiva de ser imposible restablecer la legalidad urbanística vulnerada». Aunque se declare la prescripción de la acción, lo cierto es que, como declarara el propio Tribunal Supremo en su sentencia de 14 de marzo de 1995 (Aranzadi 2087), dictada siendo Ponente el Excmo. Señor Magistrado don Jaime Barrio Iglesias, se trata en realidad de la institución de la caducidad y no de prescripción, con las consecuencias derivadas de la institución aplicable, que no admite la interrupción regeneradora del plazo.

Todo lo anterior supone que el tercero hipotecario, que ha desconocido el expediente y el proceso correspondiente, cuando recibe directamente la orden de demolición, claro que puede oponer su nulidad, dado que no se le concede el plazo para la legalización, y es más, si transcurrió el plazo de caducidad parece discutible que se le pueda perseguir si la Ley y los Tribunales para las obras ilegales no lo permiten cuando ha transcurrido el plazo legal correspondiente. En relación con esta cuestión, entiendo que no cabe que se oponga que durante el proceso se ha podido decidir si es legalizable o no, porque tal cuestión se habrá podido considerar solo en el momento al que se refiere el acto impugnado que es el sometido a revisión judicial, no en el que se pretende ejecutar la sentencia (por mucho que sea presumible), pero, sobre todo, porque ni siquiera esa consideración en el proceso permite eludir un expediente que la Ley exige para las obras sin licencia y que es un procedimiento necesario previo a la demolición: el requerimiento de legalización.

Por otra parte, es evidente que lo construido cuando no es conforme con el Plan, siempre se encuentra en estado de fuera de ordenación (con o sin licencia) y esto sucederá lo diga una resolución administrativa o judicial o no, pudiéndose constatar en cualquier momento, pero ello no impide que al titular de una edificación que carece de licencia por declaración de nulidad o, mejor aún, por anulación, haya de privársele de la oportunidad de legalizarla en el momento en que se declara esa nulidad. A tal conclusión se llega porque, en primer lugar, puede que lo que en un momento no es legal posteriormente lo sea, pero también porque ni el ordenamiento jurídico ni la jurisprudencia pueden ser insensibles a la evidencia de que hasta que la nulidad de la licencia se declara, ésta tiene la presunción o, al menos, la apariencia de legalidad que funda los actos del administrado y cuando la licencia se anula o declara nula lo que sucede es que se constata que la edificación se encuentra en el estado de la que fue construida sin licencia respecto de la que ese expediente es obligado. Por lo tanto, como el expediente puede quedar afectado por la caducidad legal, es posible que la finalización del expediente no se verifique con

una orden de demolición, sino, por ejemplo, con la mera declaración de que está fuera de ordenación.

Es natural oponer a esta consideración que como los procesos judiciales son muy largos así van a resultar consolidadas muchas edificaciones ilegales. Pero en cuanto a esta objeción, lo primero es afirmar que el verdadero problema es que duren tanto los procesos, anomalía que no debería influir en la decisión sobre los derechos restringiéndolos: lo que debe resolverse es la falta de agilidad en los procedimientos, poniendo el Estado los medios necesarios. En segundo lugar, como venimos sosteniendo en esta Revista desde Laso & Asociados, la medida cautelar y la anotación preventiva de los expedientes serán un paso esencial para preservar la efectividad de las decisiones en esta materia y finalmente, cabe sostener la posibilidad de la actuación aislada expropiando los derechos del titular afectado en ejecución del Plan para ejecutar la demolición, toda vez que la edificación es disconforme con la ordenación. En este caso, expropiada la finca, se podrá ejecutar la demolición o adaptación requerida, pero se habrá respetado el derecho del titular indemnizándole. La legislación lo debería contemplar normalmente como un supuesto específico de expropiación, aunque parece claro que, de todos modos, queda amparado en la facultad de intervención en las edificaciones para ejecutar el Plan que exige la acomodación de lo construido a su normativa.

Esta solución de alguna manera se contiene ya en algunas normas como la Ley de Urbanismo de Valencia, de 30 de diciembre de 2005, que en el artículo 228.4 prevé la que denomina expropiación por incumplimiento de la función social de la propiedad en caso de no atender una orden de demolición con motivo de una infracción urbanística muy grave. No obstante, la expropiación prevista en ese artículo no parece aplicable a todos los supuestos, a la vista de la definición de las infracciones muy graves del artículo 233.

Las reflexiones que se apuntan tratan de aportar una nueva perspectiva sobre las espinosas cuestiones que genera la colisión entre el interés público de depurar las infracciones urbanísticas y el interés (también público) de garantizar el cumplimiento de la Ley y el derecho y el estricto respeto a los derechos fundamentales de los ciudadanos.

Por ejemplo, son especialmente protegibles tanto el derecho a un proceso justo y con todas las garantías que no les ignore cuando va a tener consecuencias sobre su patrimonio e incluso sobre su domicilio (otro derecho fundamental), como el derecho a la seguridad jurídica y a la protección contra la arbitrariedad, de modo que no se les trate más expeditivamente cuando han actuado de buena fe y confiados en la presunción o apariencia de legalidad de los actos administrativos que en el caso de haber actuado clandestinamente o aprovechándose de actos manifiestamente ilegales. Finalmente, parece también necesario tener en cuenta, tanto a nivel legislativo como hermenéutico, el derecho de los titulares a no verse privados de sus derechos (por ejemplo, la propiedad o el domicilio) sin la justa y previa compensación por esa pérdida, que reviste carácter fundamental de acuerdo con el artículo 1 del Protocolo Adicional Primero del Convenio de los Derechos del Hombre y el Ciudadano o el artículo 18 de la Constitución Española.

RESUMEN

**CALIFICACIÓN. DOCUMENTOS
JUDICIALES
EJECUCIÓN SENTENCIA.
DISCIPLINA URBANÍSTICA**

Comentario a la RDGRN, de 16 de julio de 2010, que confirma la imposibilidad de inscribir una sentencia cuando no ha sido parte en el procedimiento el titular registral.

ABSTRACT

**REGISTRAR'S SCRUTINY.
COURT DOCUMENTS
ENFORCEMENT OF JUDGMENT.
DISCIPLINE IN URBAN PLANNING**

Commentary on the Directorate-General of Registries and Notarial Affairs' decision of 16 July 2010, which confirms that a judgment cannot be registered if the registered owner has not been party to the proceedings.