

Jornada sobre Normalización Urbanística en Marbella

INFRACCIÓN URBANÍSTICA Y REGISTRO DE LA PROPIEDAD. GARANTÍAS A LOS ADQUIRENTES DE EDIFICACIONES: EL CASO DE MARBELLA.

JOSE MANUEL HERNÁNDEZ ANTOLÍN

Registrador de la Propiedad (exc). Notario de Madrid.
Marbella, Marzo 2007.

SUMARIO:

- I.- INTRODUCCIÓN.
- II.- CUESTIONES COMPETENCIALES
- III.- RELACIONES ENTRE URBANISMO Y REGISTRO DE LA PROPIEDAD.
- IV.- LA DECLARACION DE OBRA NUEVA.
- V.- LA NULIDAD DE LA LICENCIA.
- VI.- PROTECCIÓN DEL ADQUIRENTE DE EDIFICACIÓN ILEGAL.
- VII.- ESPECIAL REFERENCIA AL TEMA EN MARBELLA.
- VIII.- LA CUESTIÓN EN EL PROYECTO DE LEY DEL SUELO DE 2006
- IX.- ACCIONES DE RESARCIMIENTO QUE OSTENTA EL TITULAR DE LA FINCA.
- X.- GARANTÍA EFECTIVA DEL PERJUDICADO: EL SEGURO DE DAÑOS.

I.- INTRODUCCIÓN. Como es de bien nacido ser agradecido, sean mis primeras palabras de felicitación y agradecimiento a los Organizadores de estas Jornadas, Felicitación por la actualidad e interés de los temas tratados. Y de agradecimiento, por haberse acordado de mí para dictar esta Ponencia. Ya advierto desde un principio que no soy experto en Derecho Urbanístico (y menos en Derecho andaluz), aunque he dictado Cursos sobre la materia. Por otro lado, la lejanía de mi actual lugar de ejercicio (Madrid), me permite hacer aseveraciones más radicales que, en otro caso, y por una natural prudencia, debería reservarme para mí. En cualquier caso, es un placer para mí estar en Marbella (mi segunda casa desde hace muchos años).

Dicho lo cual, paso a examinar el tema que nos ocupa. Partiendo del supuesto de que en este municipio se han podido cometer, y de hecho se han cometido, irregularidades urbanísticas ¿cual la situación del adquirente de buena fe de fincas, que tienen su derecho inscrito en

el Registro de la Propiedad? Supuesta su buena fe, que se presume ¿Serán protegidos los dichos adquirentes por el Ordenamiento jurídico, en general, y por la fe pública registral, en particular, quedando indemnes de las posibles consecuencias de la declaración de irregularidad de su edificación? Y en caso negativo ¿A quien podrá reclamar? ¿Cómo podrá obtener la deseada indemnidad?

Voy a tratar de hacer una exposición clara y concisa, aun a sabiendas que muchas de las cuestiones (como todo lo jurídico) admite matizaciones. Por ello discúlpeame si peco de una excesiva simplicidad. Solo trataré de exponer los principios inspiradores de nuestro sistema jurídico.

II.- CUESTIONES COMPETENCIALES. Aunque el tema posiblemente sea conocido por muchos, sí interesa hacer una primera precisión competencial:

a) Corresponde a las Comunidades Autónomas la potestad de dictar normas relativas a ordenación del suelo, y en concreto, a urbanismo. De hecho, la Comunidad Autónoma andaluza ha desarrollado un importante cuerpo legal, compuesto, principalmente, a nivel legal, por:

- Ley 1/1994 de 12 de enero, sobre Ordenación del Territorio de la Comunidad Autónoma de Andalucía.

- Ley 2/2002 de 17 de Diciembre de Ordenación Urbanística de Andalucía (en adelante LOUA). Apuntar que en muchas cuestiones claves (como tendremos ocasión de ver) se remite a un ulterior desarrollo reglamentario, que aun no se ha producido y que, en gran parte, le priva de eficacia.

- Ley 13/2005 de 11 de Noviembre sobre Medidas para las Viviendas Protegidas y el Suelo, que además modifica la norma anteriormente citada.

No obstante lo dicho, y como señaló la Sentencia 61/97 del Tribunal Constitucional de 20 de Marzo de 1997, la citada competencia exclusiva no es óbice para que el Estado pueda dictar normas que regulen las condiciones básicas que garanticen la igualdad en el ejercicio del derecho de propiedad del suelo en todo el territorio nacional Y en base a esta competencia, se mantiene (aunque muy mutilada) determinados artículos del Texto Refundido de la Ley del Suelo (aprobada por Real Decreto Legislativo 1/1992 de 26 de junio) y se dicta por el legislador estatal la Ley 6/1998 de Régimen de Suelo y Valoraciones, y en base a la cual se ha elaborado el Proyecto de Ley del Suelo (ya aprobada por el Congreso de los Diputados y que, previsiblemente, entrará en vigor el 1 de julio de 2007).

Además hay determinadas normas estatales, especialmente de rango reglamentario, que son de aplicación supletoria, a falta de norma autonómica. En consecuencia, y para simplificar, para determinar qué es una infracción urbanística y cómo se sanciona,

habrá que acudir a la legislación andaluza, que presenta algunas especificidades dignas de tener en cuenta.

b) Corresponde en exclusiva al Estado la regulación de los Registros e instrumentos públicos. Dicha legislación esta compuesta por la Ley y Reglamento Hipotecario y el Real Decreto 1093/1997 de 4 de julio por el que se aprueban las Normas Complementarias al Reglamento Hipotecario sobre inscripción en el Registro de la Propiedad de actos de naturaleza urbanística (NC). Su normativa tiene como base el Texto Refundido de la Ley del Suelo de 1992, y gran parte de su articulado fue declarado inconstitucional por el Tribunal Constitucional, aprobándose posteriormente la Ley de Reforma del Suelo y Valoraciones de 1998.

III.- IDEA DE LAS RELACIONES ENTRE URBANISMO Y REGISTRO DE LA PROPIEDAD.

El derecho de propiedad ha sido, tradicionalmente, el eje principal a través del cual gira el derecho privado patrimonial. A partir del siglo XX, y como parte del derecho público, surge el llamado derecho urbanístico. ¿Qué relación hay entre ambos? De una manera muy sintética, podríamos resumir las posturas en dos:

Para los civilistas, el derecho de propiedad viene determinado por las leyes civiles, y las facultades del dominio (y muy especialmente el *ius aedificandi*) se ejercitan con arreglo a las determinaciones del Plan. Es un derecho preexistente, que se ejercita conforme a la normativa urbanística.

Para los administrativistas, y en materia de *ius aedificandi* (que es lo que a la presente interesa) hay una disociación entre la propiedad del suelo y el *ius aedificandi*, que emana directamente del Plan. Por ello hablan de que la propiedad urbana es "una propiedad estatutaria". Esta disociación se pone de manifiesto:

- en el artículo 40 del TR LS 1992 (declarada nula por el Tribunal Constitucional en 1997), al disponer que no queda incorporado al patrimonio del titular del terreno la edificación realizada al amparo de licencia declarada nula.

- y con más claridad en el Proyecto de Ley del Suelo (que recoge la figura del Agente Urbanizador, ya conocida en la legislación valenciana). Además, caso de expropiación, se dice que no serán valoradas (y por tanto indemnizadas) las edificaciones no incorporadas al patrimonio del titular del terreno ni las situaciones declaradas fuera de ordenación.

Sea cual fuere la tesis mantenida, lo que debemos ahora de analizar es el concepto, tan difundido en las normas urbanísticas, de edificación incorporada al patrimonio del titular del terreno: La edificación que no

reúne, por los motivos que sean, los requisitos urbanísticos exigidos se dice que no queda incorporada (que, en términos jusprivatistas equivale a decir que no forma parte del patrimonio del titular del terreno).

Y ya refiriéndonos al más concreto asunto de las relaciones entre Urbanismo y Registro de la Propiedad, y teniendo el Registro de la Propiedad por objeto la inscripción de actos y contratos relativos al dominio y demás derechos reales, y siendo el "ius aedificandi" una de las facultades inherentes al dominio, y teniendo en cuenta la norma urbanística la que determina la extensión de las facultades dominicales relativas al aprovechamiento urbanístico, conforme a la función social de la propiedad, la relación entre una y otra institución ha de ser, obviamente, estrecha.

El moderno derecho urbanístico surge en España con la Ley del Suelo de 1956. En ella, y en las normas que la desarrollaron, se establece la total independencia (casi ignorancia recíproca) entre ambas instituciones:

- Las facultades dominicales vienen determinadas en el Plan, que goza de publicidad legal (y superior a la registral), siendo el único órgano de control de la legalidad urbanística la propia Administración.

- El Registrador inscribirá los actos del propietario, sin exigir acreditar el cumplimiento de los requisitos exigidos en el derecho urbanístico, lo que no merma la plena aplicabilidad de la normativa urbanística.

- Lo cual no implica que determinados actos urbanísticos tengan reflejo registral, por tener un reflejo inmediato en la creación de fincas registrales (reparcelaciones, sistemas de actuación con equidistribución de aprovechamientos, etc.).

- La titularidad demanial no tiene acceso al Registro de la Propiedad.

Diversos administrativistas (GARCÍA DE ENTERRIA, PAREJO ALFONSO; GONZALEZ PÉREZ, LASO MARTINEZ.) pusieron de manifiesto, en la década de los 60 y 70, de la necesidad de coordinar Urbanismo y Registro, debiéndose emplear por la Administración los recursos que ofrece nuestro sistema registral. Y esta doctrina va tomando cuerpo legal a partir de la década de los 80 y 90, y tiene su reflejo legal en la Ley del Suelo y Valoraciones de 1990 y en su consecuencia inmediata, es decir, el Texto Refundido de la Ley del Suelo de 1992, mutilada por el Tribunal Constitucional, y reiterada por la Ley de Régimen del Suelo y Valoraciones 1998, aunque ésta ha sido un retroceso en esta necesaria coordinación:

- El único órgano de control de la legalidad urbanística sigue siendo exclusivo de la Administración, que para mejor logro de sus fines puede y debe utilizar mecanismos registrales (inscripción de cesiones

obligatorias y bienes propios, admitir las transferencias de aprovechamiento urbanístico, empleo de la figura de las anotaciones preventivas (de interposición de recurso contencioso- administrativo, de iniciación de procedimiento de disciplina urbanística.).

- Por otro lado, tanto a Notarios como Registradores, antes de realizar determinados actos (parcelaciones, obras nuevas.) deben de acreditarse la obtención de licencia o declaración de innecesariedad, que es un puro control formal (pues no pueden entrar a juzgar las causas de su concesión).

- Como el Registro queda abierto a la inscripción de actos sobre los que no ha habido previo control urbanístico, se impone al Registrador la obligación de comunicar los mismos al Ayuntamiento respectivo (función de "chivato"). Esta función de chivato debe tener una función de denuncia (o puesta en conocimiento) de posibles irregularidades, a fin de que por la Administración actuante reacciones en consecuencia.

- Las NC declaran directamente inscribibles determinadas Certificaciones municipales, desapareciendo así la intervención notarial en los mismos y el posible control que ello implicaba. Así los convenios urbanísticos, los proyectos de compensación, equidistribución, reparcelación.

- También se posibilita el acceso al Registro de determinada información urbanística, relativa a las fincas o a los procedimientos disciplinarios, como a actos de como apoyo (que no sustituto) de la publicidad legal. Es la llamada "publicidad noticia", cuyo único valor va a ser, en resumen, cualificar la buena fe de los posibles adquirentes de fincas.

Este es, básicamente, el sistema actual. El Registro no controla la legalidad urbanística: A lo más, exige que se acredite haberse cumplido determinados requisitos, pero nada más. Es más, en determinadas circunstancias, como veremos, determinados actos contrarios a ordenación también van a tener la puerta abierta al Registro de la Propiedad. Pero el hecho de que acceda al Registro no va a suponer ninguna defensa ante la ilegalidad urbanística, como también vamos a ver.

IV.- LA DECLARACION DE OBRA NUEVA. La edificación es, para el Urbanismo, la culminación de la ejecución del planeamiento. Para el Registro de la Propiedad representa el ingreso en sus libros de fincas susceptibles de tráfico jurídico. Es evidente que carecemos de tiempo para hacer un estudio, si quiera breve, de la figura de la declaración de obra nueva. Vamos a analizar solo aquellos temas que interesa a nuestro estudio.

CONCEPTO.- Podemos definirla como la declaración hecha por el titular de una finca, relativa a la existencia de una edificación (donde no la había) o la modificación o ampliación de la ya existente, hecha con los requisitos legalmente exigidos, con el fin de lograr su constancia en el Registro de la Propiedad.

NATURALEZA JURÍDICA. La llamada declaración de obra nueva, según la legislación hipotecaria (art. 208 LH y 308 RH), es un medio de concordancia entre el Registro y la realidad jurídica (se le califica de acto, que no un negocio jurídico, de individualización). Es el procedimiento ordinario a través del cual accederá al Registro la existencia de una edificación, o la ampliación o modificación de la misma, ya esté terminada (en cuyo caso se habla de obra nueva terminada) o esté en periodo de construcción (obra nueva en construcción). Es importante esta caracterización, pues al ser una simple constatación tabular, siendo de plena aplicación el principio general de la voluntariedad de la inscripción. O lo que es igual, la ley no exige de forma imperativa la necesidad de constancia registral de la edificación para poder gozar y disfrutar de la protección registral. No es, en consecuencia, ningún título de adquisición: la adquisición se producirá, ordinariamente, conforme al derecho civil: generalmente por accesión (conforme a la normativa urbanística) del dueño del suelo (que el CC lo califica como modo de adquirir el dominio), llamándose, en caso de construcción, especificación, pudiendo, no obstante adquirirse por otros títulos (vg. por virtud del derecho real de vuelo, de superficie, de sobreelevación.). El "ius aedificandi" es una de las facultades del dominio, y se ejerce con arreglo a la normativa urbanística aplicable.

PRESUPUESTO DEL OTORGAMIENTO. Tanto la normativa urbanística estatal (a partir de la Ley 1990, el Texto Refundido de 1992 y la Ley de 1998), autonómica (art. 176 LOUA) como las hipotecarias (NC de 1.997) señalan que los Notarios no autorizarán y los Registradores no inscribirán, la obra nueva si no se acredita haberse obtenido la pertinente licencia, que puede ser obtenida por resolución expresa o tácita (en concreto, por silencio administrativo, que en esta materia es positivo), o declaración de innecesariedad. Pero ni uno ni otro tiene competencia para calificar la legalidad de la licencia. Habiéndose obtenido por silencio, se impone al Registrador la obligación de comunicarlo al Ayuntamiento respectivo (art. 54 de las Normas Complementarias).

Y, más claramente, dando la vuelta al precepto, y teniendo en cuenta el carácter obligatorio para el Notario de prestar su función, y del Registrador de calificar todos y cada uno de los documentos que se le presenten, unos y otros incurrirían en responsabilidad si se negaran a otorgar e inscribir, aunque tuvieran la certeza más absoluta de que esta licencia está dictada en infracción de ley.

EDIFICACIÓN ILEGAL. SU ACCESO AL REGISTRO DE LA PROPIEDAD. Supuesta la existencia de una edificación manifiestamente ilegal, por motivos sustantivos (por ejemplo, en suelo rústico o no urbanizable) o formales (carencia de licencia o extralimitación de ésta). ¿Tendrá acceso al Registro de la Propiedad la edificación realizada? La respuesta ha de ser categóricamente AFIRMATIVA. El artículo 52 de las NC permite su inscripción, cualquiera sea la fecha de construcción, siempre que concurren los siguientes requisitos:

- que se acredite la certeza de la terminación de la obra, bien por Certificación catastral, por acta notarial o por Certificado de técnico competente, siempre que acredite que es conforme con la descripción consignada en el título.

- que ha transcurrido el plazo de prescripción de la posible infracción urbanística (dependerá de la normativa de cada Comunidad Autónoma).

- que no conste en el Registro anotación preventiva por incoación de expediente de disciplina urbanística.

En estos casos, el Registrador practicará la inscripción, comunicándolo al Ayuntamiento respectivo (art. 54 NC).

EFFECTOS DE LA INSCRIPCIÓN REGISTRAL EN TAL SUPUESTO. El hecho que una edificación ilegal tenga acceso al Registro de la Propiedad nos obliga a plantearnos una pregunta ¿Qué efectos tiene esa inscripción?: La respuesta es sencilla: los propios de toda inscripción registral. Y quiero destacar, en concreto, los siguientes:

1) El primer y principal efecto sustancial será el derivado del principio de protección judicial efectiva (artículo 24 de la Constitución), unido al de tracto sucesivo: El titular registral ha de ser parte en el proceso en que se declare la nulidad de la edificación declarada, y solo de esta manera podrán realizarse inscripciones registrales ordenadas por la autoridad judicial.

2) Como consecuencia del principio de legitimación registral, para el ejercicio de acciones (y en especial indemnizatorias) no será necesario acreditar su condición de dueño, dado que se presume que el titular registral es dueño en la forma indicada en el asiento respectivo.

3) No supone su legalización, de derecho o de hecho (indemnidad), ya que la inscripción no convalida actos o contratos nulos con arreglo a las leyes (art. 33 de la Ley Hipotecaria).

4) La inscripción facilita la prescripción adquisitiva, ex. art.35 Ley Hipotecaria, como luego veremos.

V. LA NULIDAD DE LA LICENCIA. La licencia es un acto administrativo, y por tanto (incluso cuando se dicta por silencio administrativo), goza de presunción de legalidad (art. 57 de la Ley 30/1992 de 30 de junio de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común).

Pero esta presunción es iuris tantum, pudiendo ser declarada nula, bien sea en vía administrativa o contenciosa. Esta tesis no queda desvirtuada, aunque lo parezca, por el artículo 242.6 del Texto Refundido de la Ley del Suelo de 1992 (declarada vigente por la LS de 1998), cuando determina que en ningún caso se entiende adquiridas por silencio administrativo la licencia que contravenga la legislación o del planeamiento urbanístico. Es una simple manifestación de la presunción iuris tantum antes citada.

Aunque la tipología de las causas que pueden determinar la nulidad de una licencia son muchas, en la práctica, prácticamente se reducen a dos:

- bien por haber sido declarada nula la norma urbanística que le da cobertura (Plan General, Plan Parcial, Normas Subsidiarias, etc.).
- por haber sido dictada con infracción de la norma urbanística.

El artículo 75 NC señala cuando la licencia de edificación es declarada ilegal, se hará constar en el Registro por nota marginal. Esta nota tiene por objeto servir de advertencia a los posibles adquirentes, y dado el principio de publicidad registral (artículo 32 LH), perjudicará a los terceros adquirentes.

EFFECTOS DE LA DECLARACION DE NULIDAD DE LA LICENCIA.

La declaración de nulidad de la licencia, si se ha ejecutado o se está ejecutando la edificación, provoca una INFRACCIÓN URBANÍSTICA provoca la nulidad de los actos realizados al amparo de la licencia declarada nula. Y en concreto, muy resumidamente:

A) MEDIDAS DE CARÁCTER REAL: Adopción de medidas dirigidas a la reposición de la realidad física alterada al estado inicial a la comisión de la infracción (192.1.a LOUA).

Es una consecuencia natural e inmediata del PRINCIPIO DE SUBROGACIÓN EX LEGE DEL ADQUIRENTE. Este ha sido (y en gran medida, sigue siendo) el gran principio inspirador de nuestro Derecho Urbanístico, desde el artículo 71 de la Ley del Suelo de 1956, artículo 82 del Texto Refundido de 1976, artículo 22 del Texto Refundido de 1992 y que viene hoy recogido en toda su extensión en el artículo 21 de la Ley del Suelo y Valoraciones de 1998 y en el artículo 194 de la LOUA. Esta subrogación ex lege tiene dos manifestaciones inmediatas:

- la inmutabilidad del estatuto jurídico urbanístico, cualquiera sea su

titular.

- La subrogación del adquirente, no solo en los derechos y deberes urbanísticos, sino también en los compromisos acordados con la Administración.

Como consecuencia de tal principio, se adoptarán las indicadas medidas cualquiera que sea su propietario. Tales medidas se dirigirán, en primer lugar, a la legalización, a posteriori, siendo posible. No siendo posible, se adoptarán las medidas pertinentes, que pueden llegar, en el caso más extremo, a la demolición de lo indebidamente construido.

B) MEDIDAS DE CARÁCTER PERSONAL: Son:

1º La apertura del expediente sancionador (art. 192.1.b LOUA). Se dirige contra quien legalmente sea responsable de la infracción. Es aquí de aplicación el artículo 198 LOUA: No habrá interposición de sanción a quienes hayan actuado ateniéndose a la licencia declarada nula, salvo quienes hayan promovido el acto anulado, en caso de dolo, culpa o negligencia grave.

Ambos procedimientos se tramitarán separadamente, aunque de forma coordinada (188 Ley de Ordenación del Suelo de Andalucía).

Este procedimiento sancionador se dirigirá exclusivamente contra el causante de la infracción, y se extingue por su muerte.

2º Las pertinentes para el resarcimiento de los daños e indemnización de los perjuicios a cargo de quienes sean declarados responsables. Este procedimiento se sigue contra el culpable de la infracción, pero no se extingue por la muerte, sino que sucederán en ella los causahabientes del responsable.

MEDIDA CAUTELAR: LA ANOTACIÓN PREVENTIVA DE INTERPOSICIÓN DE RECURSO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO. Para hacer más eficaz la actuación de la Administración, y para evitar la posible buena fe de ulteriores adquirentes, se permite que se solicite su práctica, en virtud de Mandamiento judicial, y por quien interés, la anotación preventiva de interposición de recurso contencioso-administrativo relativo a la declaración de nulidad de la licencia.

EFFECTOS.

- Impide el acceso al Registro de la edificación declarada ilegal.
- El efecto principal sustancial será el derivado del principio de protección judicial efectiva (artículo 24 d la Constitución) y de legitimación registral: El titular registral ha de ser parte en el proceso en que se declare la nulidad de la edificación declarada. Una vez tomada la anotación, se entiende que los efectos se dan frente a ulteriores adquirentes (tiene efectos de notificación) sin necesidad de

ser parte en el mismo.

- determina la inexistencia de buena fe de los ulteriores adquirentes, por efecto del principio de publicidad.
- interrumpe erga omnes la posible usucapión ex. art. 35 LH.

VI.- PROTECCIÓN DEL ADQUIRENTE DE EDIFICACIÓN PRESUMIBLEMENTE ILEGAL.

Como es bien conocido, es condición necesaria para el desarrollo económico el debido respeto a los derechos de propiedad. En el ámbito estrictamente jurídico, el mecanismo a través del cual se articula esta protección es el llamado PRINCIPIO DE SEGURIDAD JURÍDICA, elevado a principio inspirador del ordenamiento jurídico por el artículo 9.3 de la Constitución. Y este principio inspirador se desenvuelve a través de muy diversas instituciones. En el caso que nos ocupa, además del acceso a los Tribunales de Justicia, podemos señalar como más relevantes:

A) Los llamados Principios Generales del Derecho, no ya en su vertiente fuente del derecho sino como inspirador del ordenamiento. Y entre ellos, cabe señalar la llamada DOCTRINA DE LOS ACTOS PROPIOS. Teniendo en cuenta que la Licencia fue concedida por el propio Ayuntamiento, podría estimarse contraria a derecho la posible declaración de nulidad instada por el propio Ayuntamiento.

Obviamente la solución ha de ser negativa:

- Porque el propio ordenamiento administrativo conoce y regula la figura de la revisión de oficio de los actos administrativos.
- Además debe de tenerse en cuenta que la declaración de nulidad puede no ser instada por el propio Ayuntamiento concedente.
- Y por último y principal, porque la Administración está sometida al principio de legalidad, que le obliga a reaccionar ante los actos nulos.
- Y por último, porque el derecho administrativo desconoce esta figura, como tiene señaladamente señalado el TS.

B) El instituto de la prescripción. La figura de la prescripción es una consecuencia inmediata del principio de seguridad jurídica. Aun siendo distinta su naturaleza, el Ordenamiento conoce y regula dos formas de prescripción:

- La prescripción extintiva.
- La prescripción adquisitiva.

i) La prescripción extintiva. En este punto debiera de analizarse:

1.- La prescripción de la acción para declarar la nulidad de la licencia, debiéndose distinguir según sea nula de pleno derecho o

simplemente anulable.

2.- La prescripción de la acción para exigir la reposición de la legalidad urbanística.

3.- La prescripción de la acción para exigir sanciones por causa de la ilegalidad urbanística.

El estudio de estas cuestiones excede con mucho mi tema, y, por otro lado, ya ha sido examinado por otros ponentes y a su exposición nos remitimos.

ii) La prescripción adquisitiva. La pregunta es: ¿puede adquirirse por prescripción el derecho a la edificación ilegal? La cuestión, aparentemente sencilla, no es pacífica. Tratándose de edificación ilegal ¿podría ésta quedar incorporada al patrimonio del titular del terreno por la vía de la prescripción adquisitiva? El 1936 CC señala que todas las cosas que están en el comercio de los hombres son susceptibles de prescripción. Sea cual fuere la tesis mantenida, es evidente que el instituto de la adquisición por prescripción juega, y se trata de una prescripción ordinaria, al haber justo título (en principio, la propiedad del solar) y se exige diez años de posesión pública, pacífica e ininterrumpida, facilitada además por la inscripción registral (artículo 35 de la Ley Hipotecaria), que determina:

- que es justo título la inscripción. Esto no es una simple presunción: es una verdadera declaración de la ley.

- que se presume que el titular ha poseído pública, pacífica e ininterrumpidamente durante el tiempo de vigencia de su asiento y de los anteriores de quienes traiga causa.

Como reiteradamente tiene señalado el TS (SS. 3 de octubre de 1974 y 11 de noviembre de 1989, entre otras muchas), no es una usucapión tabular, sino más bien "secundum tabulas". Es un supuesto ordinario de usucapión, facilitada por los pronunciamientos registrales.

La consecuencia inmediata es que, con independencia de cualquier otro instituto jurídico, la adquisición de la edificación, con más de diez años de antigüedad, queda sin más incorporada al patrimonio del titular del terreno. Y una vez incorporada, no cabe, sin más, la adopción de medidas de reposición de la realidad física alterada por el ilícito urbanístico.

El acto interruptivo del proceso de usucapir, por tener su base en el Registro, ha de constar en el propio Registro, a través de la pertinente anotación preventiva. En otro caso, a no ser que se pruebe que el titular registral era conocedor de la irregularidad, seguirá operando la

presunción posesoria ad usucapionem, que, como se ha dicho, es iuris tantum.

Lo dicho es aplicable:

- ya esté o no declarada la obra nueva, siempre que se sea titular del suelo, ya que la inscripción no es constitutiva, y el Registro no da fe de los datos físicos de la finca.

- ya esté inscrita a favor de quien edificó, ya lo esté a nombre de tercero, incluso si es poseída por un tercero en su nombre (por ejemplo, la vivienda arrendada) ya que el artículo 35 LH no distingue entre titular registral o terceros.

La única vía para la efectiva demolición sería la vía expropiatoria, debiéndose incluir en la valoración la edificación realizada, al haberse este incorporada al patrimonio del titular.

EXCEPCIÓN. BIENES NO USUCAPIBLES. Lo dicho se entiende sin perjuicio de la existencia de bienes extracommercium (muy especialmente, los bienes demaniales), en los que no cabe usucapión. Pero han de ser demaniales (y constar inscritos como tales en el Registro de Bienes de la Administración), y no simplemente o patrimoniales.

c) La protección registral. Otro supuesto clave del mecanismo de seguridad jurídica es la protección registral, o más exactamente, protección al adquirente de buena fe por título inscrito en el Registro de la Propiedad. El supuesto de hecho es muy concreto: Inscrita una obra nueva en base de una licencia declarada nula ¿Cuál es la situación del titular registral? ¿Gozará de algún tipo de protección por causa de la inscripción?

1) **PARA QUIEN EDIFICÓ.**- Cabe aquí recordar el principio general antes referido de que la inscripción no convalida actos o contratos nulos con arreglo a las leyes (artículo 33 LH). No protege por tanto a quien promueve la inscripción de la obra nueva. La única excepción es la vía prescriptiva del artículo 35 LH antes vista, ya que como ha señalado la STS. 4 de Octubre de 1969, la ratio del artículo 35 LH es posibilitar al adquirente tabular no protegido por el artículo 34 consolidar su adquisición.

2) **PARA LOS TERCEROS.**- ¿Quedarán protegidos los terceros adquirentes, si compraron confiados en los pronunciamientos del Registro de la Propiedad?

Nuestro sistema registral inmobiliario, en el tema que nos ocupa, se basa en dos grandes pilares:

A) PRINCIPIO DE PUBLICIDAD (artículo 606 CC y 32 de la Ley Hipotecaria). Lo no inscrito no perjudica a terceros. Esta protección se aplica no solo al subadquirente (como el artículo 34 LH que luego veremos), sino también al adquirente.

Ahora bien, las limitaciones derivadas de la normativa urbanística participan de la naturaleza de las limitaciones legales, y así se deduce del artículo 21 de la LSV de 1998. O lo que es igual, la publicidad legal de la normativa urbanística está por encima de la publicidad registral (y así lo ha puesto de manifiesto el TS, en numerosas sentencias. Entre ellas las STS 16 de mayo de 1980, 27 de febrero de 1981, 30 de diciembre de 1985 y 10 de mayo de 1990.

B) EL PRINCIPIO DE FE PUBLICA REGISTRAL (artículo 34 LH): El adquirente a título oneroso, y que inscriba su adquisición, que adquiera de buena fe de quien en el Registro aparece con facultades para transmitirlo, será mantenido en su adquisición, aunque después se anule o resuelva el derecho por causas que no consten en el Registro.

Supuesto que al adquirente reúna tales requisitos, ¿será mantenido en su adquisición? o lo que es igual ¿podrá evitar la demolición? Esta es, en síntesis, la pregunta que nos hacíamos al principio de la exposición.

TESIS AFIRMATIVA (JOSE MANUEL GARCÍA GARCÍA y, más matizadamente, LASO MARTINEZ) mantienen que sí queda protegido, en base al artículo 22 de la LS 1998, siempre que reúna los requisitos del artículo 34 de la Ley Hipotecaria, dado que no puede prevalecer la situación resultante del planeamiento sobre la apariencia creada por la licencia obtenida e inscrita en el Registro de la Propiedad. Las previsiones del planeamiento se trasladan a los particulares por la licencia municipal: Si esta se dio equivocadamente, no puede conllevar la pérdida de derechos de adquirentes que lo hicieron en la confianza que el Registro le proporcionaba. Y lo apoya:

- En el artículo 106 de la Ley 30/92 de 26 de Noviembre de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, que determina que las facultades de anulación o revocación no podrán ser ejercitadas cuando, por prescripción de acciones, su ejercicio fuera contrario a la equidad, al derecho de los particulares o las leyes.

- En el artículo 40 del TR Ley del Suelo de 1992 determina que no queda incorporado al patrimonio del titular la edificación amparada en licencia declarada nula. El artículo 41 exceptúa de dicho caso, el supuesto de que la licencia hubiera incurrido en exceso de aprovechamiento, siempre que hubiera transcurrido el plazo establecido en la legislación urbanística, y, en su caso, el de cuatro años, sin perjuicio de abonar a la Administración el valor urbanístico del exceso, o caso de terceros amparados por protección registral.

- En el artículo 75 NC, pues de otro modo ¿para qué vale la nota que allí se dice?

La única vía que le quedaría a la Administración sería la expropiación forzosa, cumpliendo los requisitos legales, y con la correspondiente compensación.

A mi juicio esta tesis (que podríamos suscribir de lege ferenda, por ser más conforme con la seguridad del tráfico) es más voluntarista que rigurosa, no puede admitirse sin más lege data, y ello, indudablemente, puede (y de hecho lo hace, como ha reconocido el TS) debilitar nuestro sistema registral (con las consecuencias inmediatas en la seguridad del tráfico). Además de los argumentos que se darán para sostener la tesis contraria, exigiría una matización adicional:

- La consecuencia inmediata del principio de fe pública registral es sustantiva: del artículo 34 LH se deduce la existencia de una adquisición a "non domino" (ex Registro), que no la veo por ningún lado, teniendo en cuenta que el principio urbanístico de subrogación ex lege no tiene excepción alguna.

- La cuestión también tiene consecuencias en el ámbito adjetivo o registral. Es evidente que para que tengan acceso al Registro Resoluciones judiciales o administrativas declarando la nulidad de la licencia y la posible ejecución del fallo mediante demolición, es preciso que haya sido parte el titular registral, como manifestación del principio de tutela judicial efectiva (artículo 24 Const.). Pero es una norma adjetiva, que no atribuye una titularidad sustantiva. Así se deduce, para otro caso pero con igual razonamiento la doctrina de la R.11 de Diciembre de 2004.

TESIS NEGATIVA: Estima que no puede quedar protegido por los pronunciamientos registrales: Esta es la llamada tesis CLÁSICA:

- El TS, con especial dureza, ha señalado que, aunque reconociendo que es atentatorio del principio de publicidad y seguridad del tráfico, se encuentra resguardado por la publicidad de los planes (STS 24 de abril de 1984), y no puede alegarse la tesis del tercero de buena fe, ya que en derecho urbanístico esta figura no juega (STS 28 de noviembre de 1984).

- El principio de fe pública registral cubre la titularidad y extensión de los derechos inscritos, pero no los datos o circunstancias de mero hecho (S. de 4 de julio de 1961 y 8 de febrero de 1989, por todas). Y la edificación (y sus concretas características) es un mero hecho (no su titularidad).

- el citado principio es el corolario o consecuencia de la calificación registral: En la obra nueva, la calificación de la licencia es puramente formal.

- El argumento del artículo 41 TR Ley Suelo de 1992 solo ampara en sí mismo, dos supuestos muy concretos: se ha de tratar de exceso de aprovechamiento y una vez transcurrido el plazo de prescripción de la infracción, y además no ha sido incorporada a la Ley del Suelo de 1998, por lo que ha quedado sin vigor legal.

- lo mismo cabría decir del artículo 106 de la Ley de Procedimiento de 1992, que trata un caso muy singular.

- El argumento del artículo 75 de las NC queda sin sentido para el caso que nos ocupa, dado que tal precepto ha quedado derogado de facto por el artículo 21 de la Ley del Suelo y Valoraciones de 1998, al establecer la subrogación ex lege, sin excepciones. Tiene un valor puramente publicitario (publicidad-noticia).

- Ni siquiera se cumplen, en este caso, los requisitos del 34 de la Ley Hipotecaria, y el mismo, dado su carácter excepcional, ha de ser de interpretación restrictiva: Éste exige que se anule o resuelva el derecho del transmitente (es decir, un negocio jurídico de adquisición, vid S. de 5 de noviembre de 1956 y 9 de julio de 1957) por causas que no figuran en el Registro (ya sea como inscripción, anotación preventiva o nota marginal, vid R.24 de noviembre de 1986). Al no ser la obra nueva ni un negocio jurídico (es un acto jurídico) ni de adquisición (como se indicó más arriba), no se resuelve ni anula el derecho del adquirente. No es un vicio del título del transmitente. El adquirente sigue siendo dueño de la finca (sin edificación, en su caso). Así lo ha puesto de manifiesto la STS de 29 de enero de 1996.

- La consecuencia del artículo 34 es una adquisición "a non domino", extremo que no se da en nuestro caso, lo que nos indica que el supuesto de hecho es radicalmente distinto.

Todo lo dicho no es óbice para que la Administración, a la hora de adoptar medidas para reponer la legalidad urbanística alterada, deba tener en consideración estas circunstancias, por motivos de estricta motivación política e incluso económica (la destrucción de valor que ello pueda suponer, y el hecho desincentivador de inversiones). Pero es obvio que tales cuestiones exceden nuestro estudio.

ANOTACIÓN PREVENTIVA DE INCOACI3N DE EXPEDIENTE DE DISCIPLINA URBANISTICA. Para hacer más eficaz la actuación de la Administración, y para evitar la posible buena fe de ulteriores adquirentes, se permite que se solicite por la Administración actuante

del Registro de la Propiedad la anotación preventiva de incoación de expediente de disciplina urbanística (que entiendo aplicable a ambos supuestos, la reposición de la legalidad y la sancionadora).

Aunque GARCÍA GARCÍA concluye que ello constituye al Registro de la Propiedad como el instrumento idóneo para dar publicidad tales situaciones, a mi juicio la conclusión es excesiva. Es un auxiliar, que no es órgano clave de publicidad. Y ello es así porque uno de los principios básicos del Derecho Urbanístico es la subrogación ex lege de los adquirentes respecto de los deberes impuestos por la normativa urbanística. Supone ello que la anotación es inútil: obviamente no, aunque sus efectos, en nuestro caso, son bastante limitados:

- impide el acceso al Registro de la edificación, caso de no haber sido todavía inscrita.

- determina la inexistencia de buena fe de los posteriores adquirentes, por efecto del principio de publicidad. Y ello tiene efectos determinantes en materia de calificar y graduar las sanciones, como hemos visto antes.

- El efecto principal sustancial será el derivado del principio de protección judicial efectiva (artículo 24 de la Constitución) y de legitimación registral: El titular registral ha de ser parte en el proceso en que se declare la nulidad de la edificación declarada. Una vez tomada la anotación, se entiende que los efectos se dan frente a posteriores adquirentes (tiene efectos de notificación), sin necesidad de ser parte en el mismo.

- Facilita la ejecución de las medidas correctoras que en su día se determinen incluso las económicas, si bien, en este caso, deberá tomarse anotación preventiva de embargo.

- Y, en su caso, interrumpe la posible usucapión ex. art. 35 LH.

CONSTANCIA REGISTRAL DE LA DEMOLICIÓN. Si llegado el caso, procediera la demolición efectuada, la Resolución administrativa firme o, en su caso, la Sentencia firme no será en sí misma inscribible (solo anotable). Una vez demolida, su constancia registral se hará por declaración de su titular, por medio de título público, con arreglo al procedimiento ordinario en estos casos.

La R. 6 de febrero de 2004 señala que es anotable en el Registro de la Propiedad la demanda de demolición de obras y de clausura, por tener trascendencia jurídico- real. Esta anotación tendría, como principal efecto, advertir a los posibles adquirentes de la situación legal de la edificación y eliminar la posible buena fe de los futuros adquirentes.

VII.- ESPECIALIDADES DERIVADAS DEL CASO CONCRETO DE MARBELLA.

ITER DE LA SITUACIÓN DEL PLANEAMIENTO EN MARBELLA.

1.- El Plan General de Ordenación Urbana de Marbella es aprobado en 1986, si bien su publicación en el Boletín Oficial de la Provincia de Málaga no se produce hasta el 28 de noviembre de 2000.

2.- A partir de 1991 se inicia por el Ayuntamiento de Marbella el proceso de Revisión General del PGOU, que debería concluir en la aprobación de un nuevo Plan General. Dicha Revisión es objeto de aprobaciones provisionales, por efecto de la aprobación de Convenios Urbanísticos.

3.- El 27 de noviembre de 1997 se aprueba provisionalmente la Revisión General del PGOU. Se remite para su aprobación a la Comisión Provincial de Ordenación del Territorio de Málaga, que el 20 de julio de 1998 suspende la misma y requiere al Ayuntamiento para que elabore un Texto Refundido subsanando las deficiencias observadas. El Ayuntamiento de Marbella, visto el retardo en la Resolución, entendió, no obstante la Resolución expresa si bien tardía, que quedaba aprobada la Revisión del PGOU por silencio administrativo.

4.- La Junta de Andalucía interpone recurso contencioso-administrativo en el tribunal Superior de Justicia de Andalucía contra la citada Resolución, y en el mismo:

- Se dicta Auto del TSJA de 10 de septiembre de 1998 medida cautelar de suspensión parcial del acto recurrido, medida que recurrida en el TS, fue rechazada en Auto de 10 de mayo de 2001.

Dicha suspensión cautelar no afectó a las licencias concedidas al amparo de la revisión del Plan (que es competencia municipal), sin perjuicio de los recursos que contra las mismas se interpongan (y que son, a la fecha, numerosos).

- Por Sentencia del TSJA de 8 de noviembre de 2004 se estimó el recurso de la Junta, anulando la Revisión del PGOU de Marbella, sentencia que es firme.

5.- El Ayuntamiento elaboró distintos Textos Refundidos de la Revisión, incorporando nuevos Convenios Urbanísticos. Además, se han seguido otorgando licencias amparadas en el proceso de Revisión, que han sido impugnadas, en su mayoría, por la Consejería de Obras Públicas y Ordenación del Territorio de la Junta de Andalucía, estando

pendientes de pronunciamiento judicial.

6.- La Junta de Andalucía y el Ayuntamiento de Marbella suscribieron un Convenio de Colaboración para la elaboración del Documento de Revisión del PGOU. Designado un equipo técnico, se ha elaborado un Avance de Planeamiento, que se ha expuesto al público por dos meses mediante anuncio en el BO de la Provincia de Málaga de 25 de julio de 2005. El principio inspirador de dicho Avance es la NORMALIZACIÓN URBANÍSTICA, en cuanto sea posible.

7.- Por Decreto de 20 de julio de 2006 del Consejo de Gobierno de la Junta de Andalucía se atribuye a la Consejería de Obras Públicas y Transportes de la Junta de Andalucía el ejercicio de la potestad de planeamiento de Marbella.

De todo lo expuesto, puede concluirse que la especialidad del caso de Marbella, respecto de otros casos, es que la falta de normativa puede producir un número inmenso de nulidades, lo que obligará, sin duda, tanto al Ayuntamiento, como a la Comunidad Autónoma y a los propios tribunales de justicia a ser especialmente cauto a la hora de gestionar la cuestión, al estar en entredicho la propia solvencia del sistema jurídico, y con los enormes perjuicios económicos que ello puede acarrear.

CONSECUENCIAS JURÍDICAS DE TAL SITUACIÓN. Una vez analizada, si quiera sucintamente, la situación de Marbella, vamos a tratar de extraer consecuencias jurídicas en concordancia con lo hasta ahora examinado:

PRIMERO.- La declaración de nulidad por sentencia firme de la Revisión General del PGOU aprobado por silencio administrativo de 1998 produce su inexistencia, con los consiguientes efectos en relación a los Convenios y actos realizados en base al mismo. En consecuencia, deberá regir el PGOU de 1986.

SEGUNDO. Que las licencias dadas al amparo del PGOU de 1986, dada la falta de publicación del mismo hasta 2000, carecían de apoyo legal (dado que la norma a aplicar sería el viejo PGOU de 1967). Es reiterada la jurisprudencia que la falta de publicación de una norma equivale a su inexistencia, como manifestación del principio constitucional de publicidad de las normas (artículo 9.3 de la Constitución).

TERCERO.- Una vez publicado el PGOU de 1986, estimamos:

1º Que quedan convalidadas ipso jure las licencias, si se ajustan al mismo, máxime teniendo en cuenta que la falta de publicación no es imputable al administrado. Quedan pendientes aquellas impugnadas

judicialmente, a expensas de lo que en última instancia digan los Tribunales. Lo cual no implica que los posibles perjudicados por esta legalización de facto, no puedan interponer sus correspondientes reclamaciones frente a la Administración responsables, si acreditan la lesión que tal legalización de facto les ocasiona.

2º Que los Convenios y licencias que contravengan el citado PGOU de 1986 pueden ser declaradas nulas de pleno derecho:

- bien por la propia Administración, a través de la facultad de revisión de oficio de los actos administrativos, que conllevará la revocación de la licencia o convenio. Esta facultad de revisión de oficio solo puede ser ejercitada por la propia Administración concedente (es decir, el Ayuntamiento de Marbella). La Comunidad Autónoma solo puede acudir a la vía de la impugnación.

- bien a través de los correspondientes recursos administrativos, interpuestos o a interponer por la Comunidad Autónoma de Andalucía, o por cualquier particular legitimado para ello.

En ambos casos, ya sea por la vía de revisión, ya sea por la vía de recurso, como normalmente estarán viciadas de nulidad, este derecho, no está sujeto a plazo, lo que puede provocar, y de hecho provoca, una situación de máxima inseguridad jurídica.

3º La declaración de nulidad, bien sea de oficio o por vía administrativa, provocará, previsiblemente, la nulidad de los actos realizados al amparo de la misma (ya sean Convenios, edificaciones.).

CUARTA.- La declaración de nulidad de las licencias tendrá en triple efecto que determina el artículo 192.1 LAU, es decir:

- restablecimiento del orden jurídico perturbado.
- iniciación de un expediente sancionador.
- la exigencia de daños y perjuicios.

Pero, de todo ello, no implica, en todos los casos y de forma indefectible, la demolición, como vamos a tratar de analizar. Para ello hemos de analizar:

- Procedimiento para reponer la realidad física alterada.
- límites a la facultad de revisión de oficio.
- límites a la ejecución de las sentencias firmes.

QUINTA. FORMA DE PROCEDER PARA REPONER LA LEGALIDAD URBANÍSTICA. Hemos de seguir en este punto, lo dispuesto en la LOUA:

1º Siendo posible, se ha de instar la legalización. Para ello, sería de gran interés la aprobación inicial del Avance de Planeamiento, ya que permitiría el inicio de los expedientes de legalización, y, en tanto no sean resueltos, no podrá decretarse la demolición.

2º No siendo posible la legalización, o siendo manifiestamente incompatible con la legalidad urbanística, se acordará la ejecución del acuerdo de reposición de la realidad física alterada. ¿Supone ello la condena definitiva a la demolición? Estimamos que no siempre.

Pero esta forma de proceder tiene, asimismo, un límite TEMPORAL. Las medidas de reposición de la realidad física alterada sólo pueden adoptarse (185.1 LOUA) cuando las obras estén en curso, y dentro de los cuatro años siguientes a su terminación, con las siguientes excepciones (185.2 LOUA):

- terrenos calificados como urbanizables de especial protección.
- bienes o espacios catalogados.
- reservas de dotaciones, en los términos que se determinen reglamentariamente.
- determinaciones pertenecientes a la Ordenación estructural de los PGOU o Planes de Ordenación Intermunicipal, en los términos que de determinen reglamentariamente.

La falta de desarrollo reglamentario de la LOUA determina que los únicos límites efectivos son los dos primeros.

¿Cuál es la situación en que se quedan tales edificaciones, sobre las que no cabe proceder al restablecimiento de la realidad jurídica alterada? Pues serán calificadas como FUERA DE ORDENACIÓN, lo cual, en resumen, supone:

- que han de ser respetados (no cabe la demolición).
- que no pueden ser modificados ni alterados.

SEXTA. LIMITES A LA FACULTAD DE REVISIÓN DE OFICIO. El Ayuntamiento de Marbella, concedente de las licencias, tiene un límite legal: Como señala el artículo 106 de la Ley 30/92 de 26 de Noviembre de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, que determina que las facultades de anulación o revocación no podrán ser ejercitadas cuando, por prescripción de acciones, su ejercicio fuera contrario a la equidad, al derecho de los particulares o las leyes. ¿Cuál es este límite, en nuestro caso?:

- quienes están protegidos por el artículo 32 LH, ya que el límite de la publicidad legal no opera cuando se trata de norma no publicada. Luego analizaremos la concreta situación jurídica creada, ya que no se trata de un supuesto de legalización, que desde ahora caracterizamos

de inoponibilidad, y cuya naturaleza será análoga a las situaciones fuera de ordenación.

- y consideramos, asimismo, que esta falta de publicidad del PGOU de 1986 (hasta el 2000) determinaría la no-aplicación, en este caso, de la limitación que determina de efectos que determina (con carácter general) la no-aplicación del artículo 34 LH, que sí sería de plena aplicación por tal causa. Y si mantenemos la tesis positiva respecto del artículo 34 LH, incluso quedarían protegidos los adquirentes posteriores.

En cualquier caso, si se aplica el artículo 34 LH, el efecto es una adquisición a non domino ex Registro. Y, existiendo dominio, sería una limitación a la facultad de anulación, por oponerse al derecho de los particulares.

- y quienes han adquirido su derecho por prescripción, ex. artículo 35 LH, si no quedaran cubiertos por los casos anteriores. Se trataría de una limitación ex domine, al igual que el caso anterior.

SÉPTIMA.- LIMITES A LA EJECUCIÓN DE SENTENCIAS. Se van a analizar normativamente los límites a la ejecución de sentencias firmes en el orden contencioso-administrativo, pero tales limitaciones son de aplicación, asimismo, a la ejecución de los actos administrativos revocados por resolución firme en vía administrativa (es decir, que no llegaron a la vía contenciosa).

El artículo 117 de la Constitución determina que corresponde a los Tribunales la función de juzgar y de ejecutar lo juzgado. La ejecución de sentencias corresponde a los propios Tribunales, que vigilarán el cumplimiento de las mismas por la Administración. La norma jurídica básica es la Ley 29/1998 de 13 de julio reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa. Y de la misma solo quiero señalar brevemente:

- 104.1: Luego que sea firme la sentencia, se comunicará en el plazo de diez días al Órgano que haya dictado la actividad objeto de recurso, para que lleve a efecto lo acordado.

- 105.1: No puede suspenderse por la Administración el cumplimiento, no declararse la inejecución total o parcial del fallo.

- 105.2: Prevé que no pueda llevarse a cabo lo ordenado, es decir, cumplirse lo ordenado por el Tribunal, por imposibilidad material o legal.

Vamos a limitarnos al caso de imposibilidad legal ¿ Qué es imposibilidad legal? La jurisprudencia es reiterada al exigir que no

basta una simple dificultad (por muy grande que ésta sea). Es precisa una verdadera imposibilidad legal. ¿Y cual es ésta? Entiendo que:

- el debido respeto a los derechos de propiedad legítimamente adquiridos con arreglo a las leyes.

- la existencia de imposibilidad legal: Entre ellas cabría señalar el derecho de inoponibilidad (artículo 32 LH) o las situaciones fuera de ordenación.

En tales casos, la Administración, que está vinculada al principio de legalidad, debería comunicar al Juzgado que ha decretado la demolición la existencia de imposibilidad legal de llevar a cabo lo ordenado, ex. artículo 105.2 LJCA.

OCTAVA. FORMA DE PROCEDER EN LOS CASOS DE IMPOSIBILIDAD LEGAL. Todo lo dicho no es óbice para que la Administración no pudiera llevar a cabo la demolición. Pero debería primero remover el obstáculo de la imposibilidad legal ¿Cómo? A través de la figura de la previa expropiación forzosa. En efecto, el artículo 33.3 determina que nadie podrá ser privado de sus bienes o derechos sino por causa justificada de utilidad pública o interés social, mediante la correspondiente indemnización, de conformidad con lo dispuesto por la ley. Ello exigiría la previa declaración de interés público, y el pago de la correspondiente indemnización.

NOVENA. Lo dicho anteriormente se entiende sin perjuicio de los efectos, de naturaleza personal, que pudieran derivarse de:

- el expediente sancionador.
- la acción para reclamar los daños y perjuicios irrogados.

VIII.- LAS CUESTIONES PLANTADAS EN EL PROYECTO DE LEY DEL SUELO DE 2006. No quiero olvidarme del hecho de que el actual Gobierno ha presentado en las Cortes, con fecha 14 de julio de 2006 un Proyecto de Ley del Suelo. El citado Proyecto ha sido dictaminado positivamente por la Comisión correspondiente del Congreso de los Diputados el 1 de Marzo de 2007, y pasará al Senado, previéndose la entrada en vigor para el día 1 de julio de 2007. ¿Cambia en algo las cuestiones anteriormente planteadas? El citado Proyecto (como no) trata de sistematizar la normativa estatal vigente, aun consciente de sus limitaciones competenciales. Como se dice en la Exposición de Motivos, no se trata de una normativa urbanística (cuya competencia corresponde a las Comunidades Autónomas), sino de sistematizar el régimen de la normativa estatal aplicable al régimen del suelo.

No se puede calificar de normativa innovadora, sino más bien todo lo contrario. Como cuestiones de más interés, cabe señalar:

- los derechos y deberes del propietario del suelo son los que vienen determinados en la norma. Es un verdadero Estatuto del suelo, o como ya se ha dicho, una propiedad estatutaria.

- se disocia la propiedad de la facultad de urbanizar (siguiendo, en este punto, la legislación valenciana).

- mantiene la línea de la vigente legislación en cuanto a la intervención notarial. Tan sólo se introduce, en el artículo 18, la facultad del Notario para recabar, para su incorporación a la escritura, de información de las Administraciones sobre la situación urbanística de la finca y de los deberes o cargas a cuyo cumplimiento estén afectos.

- se refuerza el Registro de la Propiedad, sin cambiar el actual sistema de publicidad: después de señalar que la transmisión de la finca no altera la situación del titular respecto de los deberes, limitaciones y cargas urbanísticas, se establece una limitación a esta subrogación ex lege, aunque muy limitada: respecto de las obligaciones asumidas por el propietario respecto de la Administración, solo se transmitirán al nuevo propietario si han sido inscritas en el Registro de la Propiedad, y siempre que estén referidas a un posible efecto de mutación jurídico- real (art. 18).

- en materia de expropiación y valoraciones, se dispone (art. 30) que en ningún caso serán indemnizadas las situaciones fuera de ordenación ni las producidas por cambios en la ordenación urbanística. Esto es importante, por lo antes analizado.

IX.- ACCIONES QUE OSTENTA EL TITULAR DE LA FINCA.

Es evidente que la declaración de ilegalidad e la edificación provoca un daño al titular de la finca. Ya hemos visto que en Registro de la Propiedad no le otorga una protección suficiente en todos los casos. ¿Cómo y contra quién puede resarcirse el titular registral afectado por tal situación?:

a) Contra quien le vendió o transmitió. El Código civil, al regular las obligaciones del vendedor, señala la obligación de saneamiento, abarcando dos supuestos: el saneamiento por vicios ocultos y el saneamiento por evicción. Ninguno de los dos casos se ajusta estrictamente a nuestro caso, pero la proximidad es manifiesta.

SANEAMIENTO POR EVICCIÓN.- El saneamiento por evicción se refiere al supuesto de privación del derecho al comprador por Sentencia firme, de todo o parte de la cosa vendida, en virtud de un derecho anterior a la compra (1.475 CC). Como extremos a analizar

cabe señalar:

- exige un procedimiento judicial, y que el comprador le notifique al vendedor la demanda de evicción (1481 CC).

- por Sentencia firme. ¿Sería equivalente la firmeza del acto administrativo ordenando la demolición?

- la privación debe entenderse referida a cualquier utilidad de la cosa vendida. Si es parcial, puede pedir la resolución total, si de haberlo sabido no hubiera celebrado el contrato (art. 1479 CC).

- por derecho anterior a la compra: no se requiere culpabilidad. Es una simple atribución causal.

SANEAMIENTO POR VICIOS OCULTOS: Podría ampararse sobre el artículo 1.483 CC (carga no aparente).

b) Contra los agentes que han intervenido en la construcción: Habrá que acudir a lo dispuesto en la Ley 38/1998 de 5 de Noviembre de Ordenación de la Edificación:

- 1.- El Promotor (art.9 LOE). No parece que pudiera ser declarado responsable, salvo si era concededor de la ilegalidad de la licencia.

2. Contra el constructor (art.11) tampoco parece que haya acción, si se ha limitado a ejecutar el Proyecto para el que se obtuvo licencia.

- 3.- Contra el Proyectista (art.10 LOE). Creemos que sí tiene acción, pues una de sus obligaciones es redactar el Proyecto con arreglo a la normativa vigente (10.b LOE).

- 4.- Contra el Director de Obra (art. 12 y 13) parece que tampoco cabe acción.

c) Contra la Administración Urbanística Actuante: El artículo 104 Constitución determina el derecho a ser indemnizado por la Administración, en el caso de funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos.

Dichas Administraciones serán:

- contra el Ayuntamiento de Marbella, órgano competente para conceder licencias.

- Más discutible sería la admisibilidad de acciones contra la Comunidad Autónoma de Andalucía, al ser el órgano de control e inspección de los Ayuntamientos, por razón del ius vigilandi, y de las

facultades que le confiere el artículo 188 LOUA. En concreto el apartado a) que le legitima para adoptar medidas cautelares (a falta de acción municipal) cuando se trata de actuaciones realizadas sin instrumento de planeamiento en vigor.

En cualquier caso, es un tema a plantear por otro de los ponentes, por lo que queda fuera de nuestro análisis.

d) Contra el Notario o Registrador. No, al ser un puro órgano de control formal (sin poder entrar a calificar la legalidad de la licencia), ajustándose a dicho control no incurre en responsabilidad. Por ello parece especialmente criticable (por ignorante) la posición del Defensor del Pueblo de Andalucía Sr. Chamizo, quien en recientes declaraciones a la prensa, responsabilizó, entre otros, a los Notarios, ya que "escrituran urbanizaciones sin licencia", cuando debería saber que:

- en unos casos, existe licencia (que posiblemente será declarada nula), y sobre la cual no cabe hacer juicio alguno.

- en otros casos, en los que no existe licencia, es la propia ley la que posibilita tal escrituración e inscripción.

La posible Compensación por la vía fiscal. Supuesto el hecho consumado de la demolición ¿podría estimarse, a los efectos de la Ley del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas que se ha producido una pérdida patrimonial?

Tomando como base el texto actualmente vigente (Ley 35/2006 de 28 de noviembre), el artículo 33 determina el concepto de ganancia o pérdida patrimonial: variaciones en el valor del patrimonio del contribuyente que se ponga de manifiesto con ocasión de cualquier alteración en la composición de aquél, salvo que por esta Ley se califique como rendimiento. Es evidente que se ha producido una variación del patrimonio (ha decrecido) y se ha puesto de manifiesto con ocasión de una alteración en la composición del mismo (ha desaparecido la edificación), y no es responsable de tal hecho.

El resto del precepto contiene una delimitación positiva o negativa de determinados casos concretos, sin que ninguno de ellos se refiera a nuestro caso. En consecuencia, estimamos que por tratarse de una pérdida justificada, y no imputable al contribuyente, sí provoca una disminución de patrimonio: vid. por analogía la doctrina administrativa sobre pérdida en caso de robo (DGT 2 de julio de 1992, si se acredita el hecho delictivo y la cuantía del daño) o de sustracción a través de tarjeta de crédito (DGT 15 de julio de 2003).

X.- MEDIO DE GARANTIZAR EL DERECHO DEL ADQUIRENTE:

EL SEGURO DE DAÑOS.

De todo lo anterior, se deduce la conveniencia de suscribir un seguro de daños, si este está comercializado y existe Compañía dispuesta a sumir el riesgo, a cambio de contraprestación (prima). Deberá ser un SEGURO DE DAÑOS. Y será importante delimitar bien los elementos del contrato, en los términos exigidos en la Ley 50/1990 de 8 de Octubre de Contrato de Seguro:

- el contratante será quien celebre el contrato y asuma la obligación de pago de la prima.

- el asegurado será el dueño de la finca a demoler.

A) RIESGO: Es la causa del contrato de seguro. Sería el daño económico derivado de la posible demolición de una edificación, al haberse declarado nula la licencia en cuya virtud fue construido. No basta la resolución o sentencia firme: Se exige la demolición material. No abarca, salvo que así se pacte, a otros daños distintos de la demolición (simples perjuicios o sanciones pecuniarias)

Si no hay riesgo, es nulo el contrato de seguro (art.14 LCS). No puede haber acaecido el daño antes de la celebración del seguro, a menos que sea desconocido por el tomador y así se indica en la póliza. En nuestro caso, el hecho determinante del pago será la efectiva demolición, como es obvio, no se ha producido.

El seguro deberá exigir la obligación de comunicación de riesgo y la asunción por la aseguradora de la defensa jurídica, cuyos gastos deberán estar incluidos en la prima.

B) INTERÉS: Es perjuicio al asegurado como propietario del bien, pero solo en cuanto a la demolición. Si, una vez contratado el seguro, el asegurado transmitiera la finca, a menos que la póliza determine expresamente lo contrario, el adquirente quedará subrogado en el contrato de seguro y en la obligación de pago de la prima (art.34 LCS)

C) SUMA ASEGURADA: Importe máximo del interés cubierto por el asegurador (indemnización): abarcará los perjuicios derivados de la demolición. Ha de fijarse de antemano, bien en el momento de la celebración del seguro en un momento posterior, por acuerdo de las partes (art.28 LCS). En ningún caso puede producir efectos lucrativos ni producir enriquecimiento injusto al asegurado (sería sobreseguro).

CASO DE FINCA HIPOTECADA. Es muy frecuente que para la adquisición de la vivienda, la financiación del comprador se haya obtenido a través de un préstamo o crédito hipotecario. En este caso, debe de tenerse en cuenta:

- Que, al amparo del art.110.2 LH se entiende hipotecado, junto con la finca, aunque no se hubiera hecho constar, la indemnización a percibir por el dueño de la finca hipotecada. Entiendo que esta extensión NO ADMITE PACTO EN CONTRARIO.

- Al amparo de los artículos 40 a 42 LCS, el asegurado debe comunicar al acreedor hipotecario la existencia del seguro, y la Compañía aseguradora no procederá al pago de la indemnización sin consentimiento del titular de la hipoteca.

- La cantidad así percibida por el acreedor hipotecario habrá de aplicarse, en primer lugar, al pago del préstamo o crédito y, el sobrante, si lo hubiera, corresponderá al dueño de la finca.

NORMAS DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO (art.107 LCS). La Ley española sobre contrato de seguro será de aplicación, tratándose de seguro de daños, si se cumplen dos requisitos:

- se refiere a riesgos que estén localizados en territorio español.

- si el tomador del seguro tenga en él su residencia habitual, si es persona física, o si domicilio social o sede de gestión administrativa o económica, si es jurídica.

Téngase en cuenta que la normativa española esencialmente imperativa y garantista de los derechos de los asegurados.