

LA EXTRAÑEZA AL CONOCER A LOS TERCEROS DE BUENA FE (ART. 108.3 LJCA)

Ana Sánchez Lamelas

Profesora Titular de Derecho Administrativo (Universidad de Cantabria)

PALABRAS CLAVE: Ejecución de sentencias; urbanismo; derribo; tercero de buena fe; responsabilidad administrativa.

KEY WORDS: Execution of sentences; town planning; knock down third in good faith; administrative responsibility

Key words:

SUMARIO: La interpretación que el TS ha hecho del artículo 108.3 de la LJCA y, en concreto, del concepto de “tercero de buena fe” desvela algunos fallos esenciales en el control judicial de actuaciones urbanísticas. Fallos en el sistema de emplazamiento a los interesados en los recursos contenciosos; insatisfacción en el sistema de responsabilidad patrimonial derivado de actuaciones urbanísticas; e inoperancia del sistema de justicia cautelar.

SUMMARY: The interpretation that the TS has made of article 108.3 of the LJCA and, in particular, of the concept of "third party in good faith" reveals some essential judgments in the judicial control of urban actions. Failures in the system of location to those interested in contentious remedies; dissatisfaction in the system of patrimonial responsibility derived from urban actions; and inoperativeness of the system of prudential justice.

1. Introducción

De entre los numerosos e importantes problemas interpretativos que plantea la aplicación del artículo 108.3 de la LJCA me voy a referir únicamente al contenido y

alcance que debe darse, según el TS, a la expresión “terceros de buena fe”¹. Este tercero es, según dice el precepto, la persona a favor de la cual el juez debe exigir, como condición previa a la demolición, la prestación de una garantía suficiente para responder al pago de las indemnizaciones debidas.

Art. 108. 3. El Juez o Tribunal, en los casos en que, además de declarar contraria a la normativa la construcción de un inmueble, ordene motivadamente la demolición del mismo y la reposición a su estado originario de la realidad física alterada, exigirá, como condición previa a la demolición, y salvo que una situación de peligro inminente lo impidiera, la prestación de garantías suficientes para responder del pago de las indemnizaciones debidas a terceros de buena fe.

La identificación de estos sujetos, lejos de ser una cuestión menor, veremos que entronca directamente con el derecho a la tutela judicial efectiva. Además su incómoda presencia nos lleva a reflexionar de nuevo sobre las medidas cautelares y sobre el sistema de responsabilidad patrimonial.

2. Los terceros de buena fe según la jurisprudencia del TS

Resumiendo el contenido del conjunto de Sentencias del TS que hasta la fecha se han dictado sobre el artículo 108.3, podemos construir el concepto de tercero de buena fe señalando, en primer lugar, que no es el tercer hipotecario adquirente de buena fe, sino cualquier sujeto que pueda tener derecho a una indemnización como consecuencia del derribo, haya o no inscrito su adquisición en el registro de la propiedad. Es más, no se limita al titular del derecho de propiedad sino que alcanza a todos aquellos que puedan hacer valer un derecho a ser indemnizados en su condición de terceros perjudicados. Concreta el TS que puede ser considerado como tal, por ejemplo, la entidad bancaria que concedió el préstamo o el titular del derecho de una servidumbre de paso de gaseoducto .

¹ Hasta la fecha se han admitido 15 recursos de casación directamente relacionados con la interpretación del art. 108.3 bajo el nuevo régimen de este recurso, de los cuáles se han resuelto 10. A estas 10 Sentencias hay que sumar una dictada bajo el régimen de la casación anterior de manera que son ya 11 las Sentencias del TS que interpretan distintos aspectos del precepto: SSTS 1409/2017, 21 septiembre; 475/2018, de 21 marzo; 476/2018, de 21 marzo; 868/2018, de 25 mayo; 905/2018, de 1 junio; 1020/2018, de 18 junio; 1102/2018, de 28 de junio; 1119/2018, de 2 julio; 1191/2018, de 11 julio; 1673/2018, de 27 de noviembre; 1749/2018, de 10 de diciembre.

En segundo lugar señala el TS que el tercero no es sólo el titular de edificaciones destinadas a vivienda habitual pudiendo tratarse de edificios destinados a una actividad profesional, residencia vacacional o segunda residencia .

En tercer lugar, y este es el aspecto más polémico, la condición de tercero implica que el título de imputación de la responsabilidad es ajeno lo cual, a juicio del TS, excluye al promotor que obtuvo la licencia declarada nula. El art. 108.3, insiste, se refiere a quienes no son los titulares de la licencia, personas que pueden verse afectados por la demolición pero no han sido parte en el proceso ni pudieron serlo .

Es más, el TS no sólo excluye a quienes fueron parte, sino también a quienes pudieron serlo pero voluntariamente no acudieron al proceso. A esta cuestión se refiere un farragoso apartado de algunas de las Sentencias que literalmente reproducimos en el que se dice:

“el artículo 108.3 trata de proteger la situación de los perjudicados que, en su condición de terceros, no pueden hacer valer su derecho en el proceso declarativo, sin que suponga reabrir una vía de tutela de quienes, no teniendo la condición de terceros en el proceso, pudieron hacer valer sus derechos en el mismo”.

Pese a la falta de claridad del extracto parece, en efecto, que el TS excluye tanto a quienes fueron efectivamente parte en el proceso como a quienes pudieron serlo pero no hicieron valer su derecho, es decir, quienes fueron emplazados, lo que deja únicamente dentro del concepto de tercero de buena fe a quienes no fueron emplazados pese a ser evidente que eran titulares de un derecho subjetivo que podría verse afectado por la Sentencia.

Las preguntas que inmediatamente surgen ante esta interpretación son evidentes: ¿cómo es posible que se tramite todo un proceso contencioso que finalmente ordena el derribo de una edificación sin emplazar al titular de la misma?; ¿no es tercero de buena fe y tiene, por lo tanto, derecho a indemnización, el ciudadano que construye una edificación al amparo de una licencia otorgada por la Administración que posteriormente es anulada judicialmente?

A estas preguntas intentaré dar respuesta en los apartados que siguen.

3. La perplejidad: ¿qué hay del derecho a la tutela judicial efectiva?

Si para ser considerado tercero de buena fe es preciso no haber sido parte en el proceso contencioso, y no haber sido emplazado, el Tribunal Supremo está poniendo de manifiesto que es perfectamente posible que se tramite todo un proceso contencioso, que finalmente acabe con una Sentencia ordenando el derribo de una edificación, sin emplazar a su propietario.

Así es, en efecto. No todos los afectados por el proceso habrán sido emplazados. De hecho la obligación de emplazamiento personal en nuestra LJCA se limita a quienes aparecen como interesados en el expediente administrativo, lo que deja fuera a todos aquellos que adquirieron derechos por contratos civiles, ajenos por tanto al expediente administrativo, y cuya existencia es totalmente desconocida en el expediente que dio lugar al otorgamiento de la licencia o a la aprobación del plan.

Es más, el deber de emplazamiento alcanza únicamente a quienes son interesados al momento de la interposición del recurso y no incluye a los que después de haberse iniciado el proceso contencioso-administrativo adquieren la condición de titulares de derechos o de intereses legítimos. Éstos podrán comparecer o actuar en el procedimiento ya en marcha como demandados, en virtud del emplazamiento edictal o por propia iniciativa, pero no se impone al órgano judicial la obligación de emplazarles².

No hay que olvidar, sin embargo, que el TEDH ha realizado una interpretación más generosa del deber de emplazamiento que alcanzaría a quienes son conocidos para la Administración no sólo por el expediente que hubiera dado lugar a la licencia o plan recurrido sino incluso a quienes son conocidos como consecuencia, por ejemplo, del pago de tributos o por figurar en el Catastro (STEDH Sección 3ª, Caso Aparicio Navarro y García San Miguel Y Orueta contra España. Sentencia de 10 enero 2017).

² SSTs de 30 enero 2003 y STS de 18 diciembre 2000 entre muchas otras así como SSTC núm. 18/2002 de 28 enero; 65/1994, de 28 de febrero y 122/1998, de 15 de junio.

Siguiendo esta doctrina del TEDH, y porque es también una exigencia mínima y lógica, la incómoda presencia del tercero al momento de la ejecución nos recuerda que es esencial reforzar los mecanismos de indagación y emplazamiento a posibles interesados, máxime cuando ello no suponga un esfuerzo excesivo para la Administración autora de la actuación recurrida. En estos casos, en los que en muchas ocasiones está en juego el derecho a la vivienda, deberían articularse mecanismos que, por un lado, permitan llamar a todos aquellos que puedan verse afectados por el proceso y, por otro, impidan que se generen nuevos titulares de derechos desconocedores del conflicto una vez entablado.

Entre este tipo de herramientas tienen especial relevancia los registros que como el Catastro y el Registro de la Propiedad permiten conocer la identidad de los titulares afectados al momento de la interposición del recurso. El Registro de la Propiedad es, además, el sistema idóneo para proporcionar la publicidad necesaria que permite alertar a los posibles compradores sobre la existencia de procesos judiciales en marcha que pueden afectar a los bienes inmuebles.

La realidad demuestra, sin embargo, que la legislación actual es ineficaz y que no exige acudir siquiera a estos mecanismos de conocimiento e indagación. Es más, la legislación actual no permite utilizar el potencial del Registro de la Propiedad ni siquiera como medida cautelar, para alertar de los procesos judiciales contencioso-administrativos en materia urbanística. El problema deriva de que la inscripción de recursos contencioso-administrativos, además de ser voluntaria, se deja en manos de la parte demandante que, al no ser beneficiado por la inscripción, normalmente no acudirá a esta garantía cautelar cuya finalidad en este contexto no es tanto proteger los intereses del recurrente como alertar a terceros adquirentes de la posible nulidad del instrumentos de ordenación urbanística o de la licencia que ampara la edificación.

A lo anterior hemos de añadir que la jurisprudencia del TS se muestra especialmente restrictiva a la hora de acceder a la anotación en el Registro de la Propiedad. En este sentido es de destacar cómo en las recientes SSTs 1238/2018, de 19 de junio y 1403/2018, de 20 de septiembre, se sienta como doctrina que la anotación es una medida cautelar en sentido estricto y, como tal, debe cumplir los requisitos previstos en

los artículos 129 y siguientes de la LJCA. Entre ellos, recuerda el TS, que la medida cautelar se debe justificar en la necesidad de evitar que el lapso de tiempo que transcurre hasta que recae un pronunciamiento judicial firme suponga la pérdida de la finalidad del proceso. Esta exigencia, como se puede comprender, hace prácticamente imposible que la medida se adopte dado que difícilmente la finalidad del recurso (que se declare la nulidad de una licencia, por ejemplo) se verá obstaculizada por su falta de anotación en el Registro. La publicidad del recurso es, como venimos diciendo, más una protección a terceros que una medida a favor de la ejecución de una Sentencia que, como también hemos apuntado, se impone incluso frente a los terceros de buena fe que adquieran los inmuebles.

Así las cosas, la seguridad jurídica se resiente, los compradores de las edificaciones no conocen la existencia de los recursos y tampoco serán llamados al proceso contencioso dado que no consta su existencia en el expediente administrativo en virtud del cual se otorgó la licencia, se aprobó el estudio de detalle, el proyecto de reparcelación, el plan parcial o el instrumento urbanístico correspondiente. Aparecen así los terceros de buena fe en la fase de ejecución de Sentencia cuando ya es tarde y sólo por la vía de la responsabilidad patrimonial, una vez materializado el derribo, se les podrá indemnizar el daño causado.

4. Quienes fueron parte en el proceso no son terceros de buena fe a los efectos del art. 108.3: el titular de la licencia y otros

En un primer momento el TS parece referir la condición de tercero a la de perjudicado con derecho a indemnización, incluyendo a todos aquellos que puedan hacer valer un derecho a ser indemnizados en su condición de terceros perjudicados.

La condición de tercero, siguen diciendo estas primeras Sentencias, implica que el título de imputación de la responsabilidad es ajeno y no ha sido ni ha podido ser objeto de examen y reconocimiento en el proceso de cuya ejecución se trata, pues en tal caso, titulares de licencia, promotores, ..., ha de estarse al ejercicio de su derecho en el proceso y las declaraciones efectuadas al respecto de la sentencia, ya que el art. 108.3 trata de proteger la situación de los perjudicados que, en su condición de terceros, no pueden hacer valer su derecho en el proceso declarativo .

En pronunciamientos posteriores el TS acota más el concepto y aclara que no pueden considerarse terceros de buena fe, beneficiarios por tanto de la garantía prevista en el art. 108.3, quienes hubieran intervenido en el proceso como es caso del promotor o titular de la licencia e, incluso, y a quien fuera copropietario con el titular de la licencia.

La razón de esta exclusión, en palabras del propio TS, es la siguiente: *"el promotor que obtuvo la licencia declarada nula no puede ser considerado tercero de buena fe comprendido en el artículo 108.3 LRJCA. En primer lugar, porque como titular de la licencia ha sido parte en el proceso y, en consecuencia, no puede ser considerado tercero. En segundo lugar, el artículo 108.3, viene a salvaguardar los intereses de terceros que no son titulares de la licencia cuyos derechos puedan verse afectados por la demolición de la obra amparada en la licencia sin haber sido parte en el proceso. En definitiva, el titular de la licencia declarada nula que ha intervenido en el recurso, no es un tercero ajeno al proceso al que se le pueda tener como tercero de buena fe a los efectos del art. 108.3 LRJCA. "*

De esta manera, la condición de tercero, entendido como ajenidad, no viene referida al título de imputación de la responsabilidad, sino al proceso en que se dicta la Sentencia. En consecuencia, quien haya sido parte en el proceso no es ajeno al mismo y no puede ser considerado tercero de buena fe a los efectos del art. 108.3.

Esta ya consolidada doctrina del TS plantea algunas incógnitas y alguna crítica.

En primer lugar, el TS mezcla dos cuestiones que tienen distinto fundamento y régimen jurídico como son la ajenidad del proceso urbanístico y la ajenidad respecto del título de imputación. Esta segunda, la condición de tercero respecto al título de imputación hace referencia a los sujetos que pueden ser merecedores del derecho a una indemnización como consecuencia de la anulación de una licencia o plan de urbanismo que conlleva el derribo, mientras que la segunda se refiere a la condición de codemandado en el proceso urbanístico en el que se dicta la Sentencia que ordena el derribo.

Una y otra obedecen a lógicas distintas de manera que es perfectamente posible haber sido parte codemandada en el recurso contencioso urbanístico y, sin embargo, ser titular

del derecho a una indemnización. En cualquier caso, el derecho a indemnización no habrá sido objeto de ningún pronunciamiento en el recurso contencioso que ordena el derribo, puesto que ni el titular de la licencia ni el comprador posterior podrán hacer valer su derecho en absoluto en ese proceso.

En efecto, la intervención en el proceso urbanístico de quienes son titulares de derechos que pueden verse afectados por la Sentencia que ordena el derribo, será siempre en condición de codemandados, esto es, en defensa de la legalidad urbanística. La posición procesal que ocupan les habrá permitido a lo largo del proceso colaborar con la Administración en la defensa de la legalidad de la licencia o el plan finalmente anulado, pero en ningún caso les habrá dado la oportunidad de reclamar su derecho a una indemnización para el caso de ser declarados ilegales el acto o la licencia.

Es evidente que, aunque el art. 31 de la LJCA permite que se sustancien en el contencioso tanto las pretensiones relativas a la declaración de nulidad de los actos como las relativas al reconocimiento de la correspondiente indemnización, esta posibilidad sólo se atribuye al demandante, no al demandado o codemandado cuya posición procesal, como decimos, le permite únicamente defender de la legalidad de la actuación administrativa .

En consecuencia no es correcto sostener, como parecen decir en las STS sobre el art. 108.3, que quien ha sido parte en el proceso ha podido hacer valer su derecho. En absoluto, podrá haber defendido la legalidad de la actuación administrativa impugnada, pero nunca su derecho a una indemnización.

En cualquier caso a día de hoy, conforme señala el TS, la condición de tercero requiere no haber sido parte en el proceso urbanístico lo cual plantea la incógnita de en qué situación quedan quienes no siendo titulares de la licencia inicial ni promotores se personan en el proceso, bien por ser emplazados o bien porque tienen noticia extrajudicial de su existencia. Estamos ante terceros ajenos al procedimiento administrativo que dio lugar a la licencia o plan, que se personan como codemandados, es decir, en defensa de la legalidad de la actuación administrativa. ¿Perderán su condición de terceros a efectos de la garantía del 108.3 por no ser ajenos al proceso?

5) El peso de la jurisprudencia reciente en materia de responsabilidad por actuaciones urbanísticas

La exclusión del titular de la licencia o promotor, como tercero de buena fe, beneficiario de la garantía suficiente de su indemnización tal vez pueda venir influenciada por la reciente jurisprudencia en materia de responsabilidad por actuaciones urbanísticas que, por unas u otras circunstancias, viene a negarle el derecho a la indemnización.

Comienza a abrirse paso la idea de que en determinadas situaciones puede existir para la empresa constructora una asunción de riesgo empresarial que determine la inexistencia de su derecho a la indemnización. Es el caso de la reciente STS núm. 1650/2017 de 31 octubre, en la que el TS considera que una empresa no tiene derecho a indemnización dado que sabía y conocía el riesgo que asumía al adquirir una finca con unos terrenos pendientes de ser reclasificados y condicionando la compraventa de la finca a ello. Es más, sigue diciendo el TS que la empresa insistió y financió el proceso de transformación urbanística, conocía e intervino en la revisión jurisdiccional que dio lugar a la anulación de las Normas pese a lo cual decidió continuar con las inversiones necesarias para el desarrollo del planeamiento lo cual, siempre según el TS, es una actuación que, en el terreno de la lógica empresarial puede resultar entendible, pero, sin duda, en el terreno que nos ocupa de lo jurídico conlleva la asunción del riesgo que tal actuación implica.

En otras ocasiones se desliza la sombra de la duda sobre la connivencia del promotor en la generación de la ilegalidad o, al menos, su consciencia de la ilegalidad. Es el caso de la STS núm. 662/2018 de 24 abril, sobre el largo y conocido proceso del Fortín de la Reina en Tarragona. En esta última Sentencia llega a decir el TS que “Fortín de la Reina obtuvo la nulidad de pleno derecho de su licencia de obras por radicar la edificación en un espacio libre de uso público. La nulidad radical no sólo es insubsanable y originaria, sino que cabe establecer como, al menos, problemática, que tal la licencia fuera obtenida de buena fe por el titular”.

Toda una advertencia para los solicitantes de licencias y promotores de planes.

