



Revista de Estudios de la Administración Local y
Autonómica

ISSN: 1989-8975

Instituto Nacional de Administración Pública (INAP)

Flores Domínguez, Luis Enrique

Algunos intentos de paliar, a través de la responsabilidad patrimonial, los efectos de
la ejecución de sentencias que anulan licencias y ordenan la demolición de viviendas

Revista de Estudios de la Administración Local y
Autonómica, núm. 8, 2017, Noviembre-Abril, pp. 74-96
Instituto Nacional de Administración Pública (INAP)

DOI: 10.24965/reala.v0i8.10455

Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=576462577004>

- Cómo citar el artículo
- Número completo
- Más información del artículo
- Página de la revista en redalyc.org

redalyc.org
UAEM

Sistema de Información Científica Redalyc
Red de Revistas Científicas de América Latina y el Caribe, España y Portugal
Proyecto académico sin fines de lucro, desarrollado bajo la iniciativa de acceso
abierto



Algunos intentos de paliar, a través de la responsabilidad patrimonial, los efectos de la ejecución de sentencias que anulan licencias y ordenan la demolición de viviendas

*Some attempts of the State to remedy
(via pecuniary compensation for the demolition of property)
the consequences of which the Courts have declared null
and void the building licences*

Luis Enrique Flores Domínguez
Secretario General Excmo. Ayuntamiento de Sevilla
secretarioayto@sevilla.org

RESUMEN

El crecimiento desordenado del urbanismo español en la última década del siglo xx y primeros años del siglo xxi ha provocado diversas consecuencias negativas para el interés público y para unos ciudadanos concretos, en gran número extranjeros, que se han visto afectados por un grave problema: la anulación de la licencia de la vivienda que adquirieron de buena fe con la consiguiente obligación de proceder a su demolición.

Nuestro ordenamiento urbanístico contempla un supuesto indemnizatorio por la responsabilidad patrimonial derivada de este concreto supuesto de anulación de licencias, salvo que concurre dolo, culpa o negligencia graves del perjudicado. Pero junto a esta exigencia de restauración de la integridad patrimonial de los perjudicados, se alza la exigencia constitucional de la necesidad de ejecutar las sentencias en sus propios términos, correspondiendo en exclusiva al poder judicial proceder a esta ejecución.

Para conciliar todos los intereses en juego, exponemos las iniciativas legislativas que han adoptado algunas Comunidades Autónomas y que han sido abortadas por el Tribunal Constitucional, fundamentalmente por ser legislación procesal excluida del ámbito competencial autonómico y por afectar a las facultades del juez en orden a la ejecución de sentencias. El Estado también ha adoptado medidas legislativas, en el orden penal y contencioso-administrativo, para intentar dar una respuesta a este problema. Sobre ellas, fundamentalmente la del orden contencioso, nos detenemos exponiendo las dificultades que encontramos en su aplicación.

PALABRAS CLAVE

Anulación de licencias, demolición, responsabilidad patrimonial, ejecución de sentencias.

ABSTRACT

The unorganized growth in urban planning in Spain in the last decade of the 20 century and the beginning of the 21st century has provoked diverse negative consequences for the public interest and specially for the large number of foreigners that have been affected by the serious problem of having declared void and null, building licenses for their properties which were bought in good faith, only to discover that they are obliged to demolish such properties.

Our planning laws contemplate a possible compensation for the cancelation of a building license, except in the case of fraud, error or negligence on behalf of the injured party. But along with this demand for the

replacement of the integral property of the injured party, it raises the constitutional demand to carry out the decisions of the Courts in its full terms, which corresponds exclusively to the judicial power, as well as to proceed to its execution.

To reconcile all the parties involved, we will show the various legal initiatives which have been taken by the different autonomous regions, which have been declared void and null by the Constitutional Court, basically due to the fact that regional parliaments have not got legal powers to regulate process law and additionally, because such initiatives would limit the exclusive faculties of the judges to execute their own decisions. The State also has adopted legal measures which are relevant in criminal and public process laws, so as to try and give a response to this problem. We will demonstrate and show the difficulties in applying such measures, specially the public process law area.

KEYWORDS

Void and null licenses, demolition, responsibility and compensation.

SUMARIO

1. INTRODUCCION. 2. LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL EN EL ÁMBITO URBANÍSTICO. EL SUPUESTO DE ANULACION DE LICENCIAS. 2.1. EL RÉGIMEN DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL EN NUESTRO ORDENAMIENTO JURÍDICO. 2.2. LA RESPONSABILIDAD EN EL ÁMBITO URBANÍSTICO: EL SUPUESTO DE ANULACIÓN DE LICENCIAS. 2.3. ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DE LOS REQUISITOS DE LA RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA POR LA ANULACIÓN DE LICENCIAS. 2.3.1. NECESIDAD DE QUE EL DAÑO SEA EFECTIVO. MOMENTO EN QUE SE PRODUCE EL DAÑO. 2.3.2. EXISTENCIA DE NEXO CAUSAL. LOS SUPUESTOS DE DOLO, CULPA O NEGLIGENCIA GRAVES DEL PERJUDICADO. 2.3.3. PLAZO PARA FORMULAR LA RECLAMACIÓN. 2.3.4. CUANTÍA DE LA INDEMNIZACIÓN. 3. LA EJECUCIÓN DE SENTENCIAS. 3.1. LA EJECUCIÓN DE SENTENCIAS EN NUESTRO ORDENAMIENTO JURÍDICO. 3.2. LA EJECUCIÓN DE SENTENCIAS EN EL ÁMBITO URBANÍSTICO QUE ORDENAN LA DEMOLICIÓN DE VIVIENDAS. 3.2.1. ¿Debe contener el fallo de la sentencia un pronunciamiento expreso sobre la obligación de demoler? 3.2.2. Los cambios de planeamiento como causa de imposibilidad jurídica de ejecutar las sentencias que ordenan la demolición. 3.2.3. La protección de los terceros de buena fe. 4. ALGUNOS INTENTOS DE PALIAR LAS CONSECUENCIAS DE LA EJECUCIÓN DE SENTENCIAS QUE ACUERDAN LA DEMOLICIÓN. 4.1. LA LEY 2/2011, DE 4 DE ABRIL, DE CANTABRIA. 4.2. LA LEY 8/2012, DE 29 DE JUNIO, DE VIVIENDA DE GALICIA. 4.3. LA LEY 4/2013, DE 20 DE JUNIO, DE CANTABRIA. 5. ALGUNAS MODULACIONES AL RIGOR DE LA DEMOLICIÓN. 5.1. LA REFORMA DE LA EJECUCIÓN DE SENTENCIAS QUE ORDENAN LA DEMOLICIÓN EN EL ORDEN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO. 5.2. MODIFICACIONES EN EL ORDEN PENAL. 6. RECAPITULACIÓN Y CONCLUSIONES.

1. INTRODUCCION

El crecimiento desordenado y desmesurado del urbanismo español en la última década del s. xx y primeros años del s. xxi, la ambición desmedida de los promotores y la voracidad recaudatoria de los Ayuntamientos, el exceso de liquidez en el sistema financiero y una política crediticia apoyada en el valor de los activos inmobiliarios, provocó una diversidad de efectos desfavorables tanto para nuestra economía como para la protección del medio ambiente y de los valores culturales gravemente deteriorados en aras de un mal configurado desarrollo económico.

En el presente estudio nos vamos a detener en una consecuencia concreta de este desordenado proceso: la provocada para los adquirentes de viviendas de buena fe, que se han visto «sorprendidos» por decisiones judiciales que han anulado las licencias que legitimaban la construcción de sus viviendas y han ordenado su consiguiente demolición¹. La situación de estos terceros de buena fe ya fue puesta de manifiesto en el Informe Auken, de 20 de febrero de 2009, sobre el *Impacto de la urbanización extensiva en España*

¹ Una muestra la Sentencia de 10 de enero de 2017 TEDH –asunto Aparicio Navarro c. España (39433/11)– que concluye que se ha vulnerado el art. 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (derecho a un proceso equitativo), ante la ausencia de notificación a los dos propietarios de un apartamento, los demandantes, de un proceso contencioso-administrativo sobre la legalidad de la licencia de obras que legitimó la construcción, proceso que culminó con la orden de demolición de su vivienda.

en los derechos individuales de los ciudadanos europeos, el medio ambiente y la aplicación del Derecho comunitario, con fundamento en determinadas peticiones recibidas (2008/2248(INI))². Subraya que las personas «que hayan adquirido de buena fe» una propiedad en España, y no los promotores, declarada ilegal deberían tener derecho a una indemnización adecuada a través de los órganos jurisdiccionales españoles.

La preocupación por la situación que padecen estos adquirentes de buena fe tiene eco en la doctrina del TC. Así en las SSTC 92/2013, de 22 de abril, y 82/2014, de 28 de mayo, muestra una sensibilidad social con los afectados por la demolición, señalando en su f. j. 6.^º que «...Qué duda cabe de que los órganos judiciales deberán ponderar la totalidad de los intereses en conflicto a la hora de hacer ejecutar sus resoluciones y que no cabe descartar que tal ponderación pudiera llevar al órgano judicial a acomodar el ritmo de la ejecución material de las demoliciones que hayan de tener lugar a las circunstancias concretas de cada caso», pero ha primado en esta jurisprudencia el derecho a la ejecución de las resoluciones judiciales.

Los intereses de los terceros de buena fe pueden ser acreedores de protección, pero frente a ellos se alzan otros intereses protegidos por el ordenamiento jurídico, así como otros valores protegidos constitucionalmente como el medio ambiente o los bienes pertenecientes al dominio público. Y es que, como señala el Ministerio Fiscal (Antecedente Octavo STC 82/2014, de 28 de mayo), «la protección a los terceros adquirentes de buena fe de los inmuebles afectados ha de ejercerse temporáneamente, lo que en el caso del urbanismo implica la aplicación estricta de las disposiciones urbanísticas, evitándose así las consecuencias perjudiciales de resoluciones jurisdiccionales que no hacen sino tratar de que prevalezca el ordenamiento jurídico-urbanístico»³.

Analizaremos los intentos fallidos, desde la perspectiva constitucional, por las normativas de las Comunidades Autónomas de Galicia y Cantabria para supeditar la demolición ordenada por sentencia firme a la materialización de la indemnización por responsabilidad patrimonial, cuando proceda, y la solución del legislador estatal atribuyendo facultades al órgano judicial competente para la ejecución a fin de modular temporalmente la ejecución de la demolición, dando respuesta a la protección de terceros de buena fe.

2. LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL EN EL ÁMBITO URBANÍSTICO. EL SUPUESTO DE ANULACION DE LICENCIAS

2.1. El régimen de la responsabilidad patrimonial en nuestro ordenamiento jurídico

Nuestro ordenamiento jurídico ha estatuido una cobertura patrimonial de toda clase de daños que los administrados hayan sufrido en sus bienes a consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos, entendidos en el sentido de actividad administrativa.

El art. 121 de la Ley de Expropiación Forzosa de 16 de julio de 1954 («indemnizaciones por otros daños») sienta los elementos esenciales de nuestro sistema de responsabilidad patrimonial, reconociendo el derecho de los particulares a ser indemnizados por toda lesión que sufran como consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos o de la adopción de medidas no fiscalizables en vía contenciosa. Una regulación más acabada de la institución se lleva a cabo en el Título III –arts. 32 a 41– de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado de 20 de julio de 1957, incorporando los casos de denegación ilegítima de licencia.

Este sistema se consagra en la CE, cuyo art. 106.2 sanciona:

Los particulares, en los términos establecidos por la ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos.

Configura, de este modo, una responsabilidad objetiva desprovista de la idea de culpa, que se concretó legalmente en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJPAC), cuyo art. 139, en su apartado 2, exigía además que el

² El informe fue aprobado por Resolución del Pleno del Parlamento Europeo el 26 de marzo de 2009, y su nombre lo toma de la ponente del mismo, Margrete Auken.

³ Tampoco hay olvidar las enormes reticencias de los Ayuntamientos para ejecutar estas sentencias, haciendo ilusorio en multitud de ocasiones el contenido del fallo. Baste como ejemplo los supuestos analizados en las SSTC 92/2013 y 82/2014, que se remontan a resoluciones judiciales de ejecución de 2000 y 2001.

daño alegado sea efectivo, evaluable económicamente e individualizado con relación a una persona o grupo de personas. Se matiza esta responsabilidad con la previsión del art. 141 al exigir que la lesión producida al particular provenga de daños que éste no tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la Ley.

En 2015 se aborda una reforma integral de la organización y funcionamiento de las Administraciones mediante la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas –LPAC–, y la Ley 40/2015, de Régimen Jurídico del Sector Público –LRJSP– Una de las instituciones afectadas por este nuevo enfoque es la responsabilidad patrimonial, cuya regulación se desagrega en las dos leyes: los principios que rigen la institución se regulan en el Capítulo IV, del Título Preliminar (arts. 32 a 37) LRJSP, considerando que estos principios se desenvuelven en el funcionamiento interno de cada Administración, en cuanto «atañen a aspectos más orgánicos que procedimentales»; y las reglas procedimentales de la responsabilidad patrimonial que se regulan en la LPAC, como especialidades del procedimiento administrativo común. El planteamiento se justifica en la simplificación de los procedimientos administrativos y su integración como especialidades en el procedimiento administrativo común, contribuyendo así a aumentar la seguridad jurídica. Aunque, en puridad, al diseminar las reglas de este procedimiento a lo largo de la Ley se pierde claridad, y ésta forma parte esencial de la seguridad jurídica.

En síntesis, los requisitos que exige la jurisprudencia para que surja la responsabilidad patrimonial de una Administración pública son:

- a) La efectiva realización de un daño material, individualizado y evaluable económicamente, y que el particular no tenga el deber jurídico de soportarlo. El art. 34.1 LPAC ha precisado que no serán indemnizables los daños que se deriven de hechos o circunstancias que no se hubiesen podido prever o evitar según el estado de los conocimientos de la ciencia o de la técnica existentes en el momento de producción de aquéllos, todo ello sin perjuicio de las prestaciones asistenciales o económicas que las leyes puedan establecer para estos casos.
- b) Que el daño sea consecuencia del funcionamiento, normal o anormal, de los servicios públicos, en una relación de causa a efecto entre la actividad administrativa y la lesión producida, cualquiera que sea su origen (reglamento, acto, actuación material o mera omisión).
- c) Que no haya ocurrido fuerza mayor y que no haya caducado el derecho a reclamar por el transcurso del tiempo que fija la Ley.

Cumplidos estos requisitos, la responsabilidad se califica de objetiva, es decir, sin que sea necesario que medie culpa o negligencia, a diferencia de la culpa extracontractual del art. 1.902 del Código Civil. Ahora bien, la jurisprudencia también ha introducido unos límites a esta responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas afirmando (STS 10 de octubre de 2007 –RJ 2007/7616–) que «*es cierto (...) la responsabilidad, y por tanto la obligación de indemnización, nace sin necesidad de que exista culpa, ni siquiera ilicitud o anormal funcionamiento de la Administración, pero ello tampoco convierte, a través de esta institución, a la Administración en una aseguradora universal de cualquier daño que sufren los particulares (...), es necesario que el daño sea antijurídico al no existir deber de soportarlo, pues lo contrario convertiría a las Administraciones Públicas en aseguradoras universales de todos los riesgos sociales*».

2.2. La responsabilidad en el ámbito urbanístico: el supuesto de anulación de licencias

La responsabilidad patrimonial en materia urbanística no difiere sustancialmente en nuestro ordenamiento jurídico del sistema general⁴. En el ámbito urbanístico se han abordado con mayor detalle las singularidades de la responsabilidad patrimonial mediante el estudio de los supuestos indemnizatorios (actual art. 48 del Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana –TRLs15–), advirtiendo que los mismos no constituyen número cerrado sino que el sistema es de naturaleza abierta, surgiendo la responsabilidad en innumerables supuestos de daños que no pueden incardinarse en los denominados «supuestos indemnizatorios»⁵.

⁴ GARCÍA DE ENTERRIA-PAREJO ALFONSO, en sus *Lecciones de Derecho Urbanístico* (pág. 860) ya afirmaban que «*la procedencia misma de esta indemnización (en el caso de la anulación de licencias) se ha de determinar conforme a las reglas propias del instituto de la responsabilidad administrativa*». Ed. Civitas, 1981.

⁵ Derivados de la adopción de medidas de protección de la legalidad urbanística (STS 15 de junio de 2002), de informaciones urbanísticas erróneas (STS 20 de enero de 2005), de la suspensión de licencias (STS 17 de octubre de 2003), por desistimiento del planeamiento aprobado (STS 30 de junio de 1998).

Nos vamos a detener en un supuesto indemnizatorio específico: el derivado de la anulación de los títulos habilitantes de obras y actividades, salvo que concurra dolo, culpa o negligencia graves imputables al perjudicado⁶. Este supuesto invierte la regla general del art. 32.1 LRJSP en virtud de la cual «la anulación en vía administrativa o por el orden jurisdiccional contencioso administrativo de los actos o disposiciones administrativas no presupone, por sí misma, derecho a la indemnización».

El art. 232 TRLS76 remitía este supuesto a las normas que regulan la responsabilidad de la Administración, sin que estableciera una indemnización automática⁷. En ningún caso habrá lugar a indemnización si existe dolo, culpa o negligencia graves imputables al perjudicado, especificación de la regla común *allegans propriam turpidutinem non auditur*. La remisión a las normas que regulan con carácter general la responsabilidad patrimonial ha sido una constante hasta la Ley del Suelo de 2007, llevando a la jurisprudencia a admitir que «*la mera ilegalidad del acto administrativo no es suficiente para la prosperabilidad de la pretensión, siendo necesario acreditar la existencia de una daño real, efectivo, evaluable y, además, que ese resultado sea consecuencia de una actuación de la Administración dolosa, negligente o, por lo menos, desconocedora de las normas y principios básicos que la regulan*» (STS 9 de junio de 1986 –RJ 1986/6754–)⁸.

El TRLS92, además de la no incorporación al patrimonio de la edificación declarada ilegal (art. 40), establecía la consecuencia general indemnizatoria de concurrir los requisitos exigidos por las normas que regulan con carácter general la responsabilidad, ampliada ahora a la demora injustificada en el otorgamiento de licencias y a la denegación improcedente (art. 240). Con similar planteamiento pasó al art. 44.2 de Ley 6/1998, de 13 de abril. El cambio radical se produce con la redacción que introduce el art. 30.d de la Ley 8/2007, de 28 de mayo, de suelo, al establecer un supuesto indemnizatorio «en todo caso»: La anulación de los títulos administrativos habilitantes de obras y actividades, así como la demora injustificada en su otorgamiento y su denegación improcedente, dará lugar en todo caso a indemnización, salvo si existe dolo, culpa o negligencia graves imputables al perjudicado⁹. Con esta redacción se incorpora al art. 35.d TRLS08; y, por último, al vigente art. 48.d TRLS15.

Resumiendo la evolución, la STS 27 de mayo de 2008 (RJ 2008,5538) recuerda que «*la responsabilidad patrimonial derivada de la anulación de licencias es objeto de atención del legislador, que se ha reflejado en sucesivas leyes urbanísticas (...) que, partiendo de la aplicación y requisitos generales establecidos en las normas que regulan la responsabilidad patrimonial, excepcionan de manera expresa la indemnización en los casos de dolo, culpa o negligencia graves imputables al perjudicado.*» Concluye que, al igual que en los casos de revocación de licencias del art. 16 RSCL, es indudable que «*la anulación de una licencia ocasiona a su titular unos daños y perjuicios ciertos y determinables (...) es claro que el administrado en estos supuestos sufre una lesión patrimonial (...). Sin embargo, en esta materia, la regla general tiene una importante excepción (...) si existe dolo, culpa o negligencia graves imputables al interesado, prueba que ha de correr a cargo de quien la alegue –como causa de exoneración– conforme a las reglas generales*».

Una precisión final que debemos hacer es que el concepto «anulación de los títulos habilitantes» hace referencia tanto a la anulación por la ilegalidad del título o licencia, como por ilegalidad indirecta al anularse el Plan que la legitimaba. Así, la STS 26 de febrero de 2002 (RJ 2002, 2044) señala que «*si ese plan ha sido ya anulado en virtud de una impugnación directa, el Tribunal sentenciador puede (...) utilizar los mismos argumentos que empleó para anular el plan para anular también los actos dictados en su aplicación*».

⁶ Sobre la responsabilidad patrimonial en estos supuestos vid. BALLESTEROS FERNÁNDEZ, A., *Manual de responsabilidad patrimonial de los entes locales*, El Consultor de los Ayuntamientos, 2007, págs. 2.018 y ss.

⁷ GARCIA ENTERRIA-PAREJO ALFONSO, *op. cit.*, pág. 860, consideraban que «*ninguna razón válida puede esgrimirse para la reducción de la responsabilidad a la anulación de licencias, debiendo afirmarse la procedencia, en principio, de indemnización por la anulación de cualquier acto administrativo que hubiera amparado la situación a la que se ha aplicado luego el régimen de protección de la legalidad urbanística*», fundamentalmente porque la exposición de motivos se refiere más ampliamente a «*la destrucción de un título jurídico emitido por la propia Administración*».

⁸ Citada por GONZALEZ PÉREZ, J., en *Comentarios a la Ley del Suelo*, Tomo III, pág. 2.303, Ed. Civitas, 1988.

⁹ MENENDEZ REXACH, A. considera que esta fórmula tan rotunda es algo arriesgada, entendiendo que habría sido más correcto o preferible utilizar una redacción que aludiese a las reglas generales de la responsabilidad patrimonial de la Administración, como era lo tradicional en nuestro ordenamiento añadimos nosotros. Citado por DE LA CRUZ MERA, A., en «*Expropiación Forzosa y responsabilidad patrimonial*», obra colectiva *Estudio del Articulado del Texto Refundido de la Ley del Suelo Estatal*, Dir. GUTIERREZ COLOMINA, V/CABRAL GONZÁLEZ-SICILIA, A. Ed. Thomson-Aranzadi, 2009, pág. 948.

2.3. Análisis jurisprudencial de los requisitos de la responsabilidad administrativa por la anulación de licencias

Una breve reseña sobre las características de la responsabilidad por la anulación de licencias a la luz de la doctrina jurisprudencial, fundamentalmente en los aspectos que interesan para un mejor entendimiento de la cuestión objeto del presente trabajo.

2.3.1. Necesidad de que el daño sea efectivo¹⁰. Momento en que se produce el daño

El art. 34.3 LRJSP refiere la determinación de la cuantía de la indemnización «al día en que efectivamente la lesión se produjo», por ello la cuestión que se suscita en el ámbito de las demoliciones de viviendas ordenadas por resoluciones judiciales es determinar el momento en el que se produce el daño, o más concretamente si la orden de demolición provoca en sí misma un daño indemnizable o es necesario que se lleve a efecto materialmente la demolición.

Los Tribunales descartan la posibilidad de indemnizar por la simple orden de demolición, sin que se lleve a efecto. Esta orden supone un daño emergente pero no puede considerarse efectivo hasta el momento en que materialmente se lleve a cabo la demolición, «ya que los mismos (daños) se seguirán produciendo hasta que la misma llegue a hacerse efectiva» (STSJCantabria 7 de noviembre de 2006 –RJCA 2007/19–). El Tribunal Supremo confirma la sentencia de instancia, aunque paradójicamente admite que la mera sentencia que acuerda la demolición ya produce *per se* hipotéticos daños (entre los que cita la imposibilidad o dificultad de venta del inmueble, los derivados de que deje de servir para garantizar obligaciones...), pero concluye que «esos daños, precisamente por hipotéticos, en ningún momento acreditados, no pueden servir de apoyo para la reclamación extemporánea por prematura» (STS 1 de junio de 2011, RJ/2012/1053).

Aunque el daño moral sí se reconoce como daño efectivo desde el momento que se dictó la sentencia que ordenaba la demolición, por cuanto la zozobra, inquietud, inseguridad y amenaza cierta de la pérdida de su vivienda «han supuesto un indudable sufrimiento moral» (STSJCantabria 7 de noviembre de 2006¹¹), matizando que este sufrimiento moral únicamente es resarcible respecto de los propietarios que adquirieron su vivienda antes de que la licencia que la amparaba fuese anulada judicialmente, porque solo a ellos «puede tenerseles por ignorantes y ajenos a la controversia judicial que se desencadenó posteriormente». El Tribunal Supremo reconoció el derecho a ser indemnizado en idéntica cuantía a los que no elevaron a escritura pública al prohibir el art. 14 CE las desigualdades que resulten artificiosas o injustificadas (STS 6 de junio 2011, RJ/2011/5057).

Esta exigencia de demolición para que sea efectivo el daño y surja la obligación de indemnizar ha intentado paliarla la Ley 2/2011, de 4 de abril, por la que se añade un apartado adicional 6 a la Ley de Cantabria 2/2001, de 25 de junio, de Ordenación Territorial y Régimen Urbanístico del Suelo de Cantabria, en relación con los procedimientos de indemnización patrimonial en materia urbanística. Se pretende, con suspensión de la ejecución, que se concrete la cuantía de la indemnización con carácter previo a la demolición, si bien la efectividad de la misma se condiciona a la entrega del inmueble para su demolición. El apartado 4 de la nueva disposición adicional sexta dispone que «se podrá establecer la cuantía aun antes de la efectiva demolición de los inmuebles, aunque en este caso la efectividad de la indemnización quedará condicionada a la puesta a disposición del inmueble a favor de la Administración obligada a materializar el derribo».

Planteada cuestión de constitucionalidad, entre otros motivos, porque la norma autonómica al establecer este supuesto de responsabilidad patrimonial en el que daño indemnizable no es efectivo sino eventual, regula un elemento básico del sistema de responsabilidad patrimonial que está constitucionalmente reservado al Estado a tenor de lo dispuesto en el art. 149.1.18 CE, la STC 92/2013, de 22 de abril, no se pronunció sobre este motivo al no considerarlo necesario para resolver sobre la solicitud de paralización de la demolición de la vivienda acordada en la fase de ejecución de sentencia. Su F. j. 3.º aclara que no es necesario «para adoptar tal decisión tenga que pronunciarse sobre la procedencia de declarar la responsabilidad

¹⁰ En ocasiones se ha dado por supuesto que la simple anulación de la licencia ya origina un daño. Así, GONZÁLEZ PÉREZ, J., afirmaba «la anulación de una licencia de urbanismo, bien en vía administrativa o bien en vía jurisdiccional, ocasiona al titular unos daños y perjuicios incuestionables», op. cit., pág. 2.302.

¹¹ Comentada en Reconocimiento del daño moral ocasionado a los compradores de viviendas construidas al amparo de una licencia de edificación posteriormente anulada por sentencia judicial, Redacción del Departamento de Administrativo, Práctica Urbanística, núm. 58, Marzo 2007, Ed. La Ley.

patrimonial de la Administración con una configuración de un elemento esencial pretendidamente disímil a como es regulado por la norma estatal básica»¹².

2.3.2. Existencia de nexo causal. Los supuestos de dolo, culpa o negligencia graves del perjudicado

En los supuestos de anulación de licencias ya hemos expuesto que la Ley presume «en todo caso» la existencia de ese nexo causal, con una excepción ablatoria: la concurrencia de dolo, culpa o negligencia graves del perjudicado. Precisemos que no estamos ante un supuesto que matiza la responsabilidad, como puede ser la concurrencia de culpas. Ahora bien, «*la Administración tiene la carga de probar que hubo dolo, culpa o negligencia graves si pretende que se le declare exenta de la obligación de indemnizar*» (STS 24 de julio de 1989, RJ1989/6072).

Podría justificarse la actitud del perjudicado en el desconocimiento de la infracción, que puede suceder dada la proliferación de ordenaciones urbanísticas incompletas o confusas, aunque este desconocimiento «no es suficiente, porque la nueva normativa (art. 232 TRLS76) no supone una exención total o absoluta de responsabilidad (frente al sistema anterior), sino que exige la existencia de dolo o culpa grave imputable al administrado» (STS 31 de enero 2014, RJ 2014, 1049). No basta, insistimos, que el peticionario tuviese conocimiento de la infracción urbanística en que incurría el proyecto para que haya exención de la responsabilidad de la Administración. Es necesaria la existencia de dolo o culpa grave, lo que supone una especial cualificación de la culpa¹³. Por ello, advierte GONZALEZ PÉREZ, J.¹⁴, hay que entender estos conceptos, más que en la conciencia de ilegalidad del peticionario, en la conducta que se desarrolla ante la Administración¹⁵. Esta conducta del peticionario, tanto al solicitar la licencia como al ejecutar la obra, es relevante para poder determinar la exoneración de responsabilidad de la Administración (así, la STS 9 de abril 2007 (RJ2007/4092)¹⁶ Es decir, los hechos o actuaciones que realiza el titular de la licencia en la ejecución del proyecto también pueden ser relevantes a la hora de determinar si en su conducta concurre el dolo, la culpa o negligencia graves.

No obstante, alguna jurisprudencia (STSJCataluña, 25 de junio 2015, JUR/2015/232271) matiza la indemnización al no acreditarse que el interesado «actuase en todo momento de forma jurídica y materialmente irreprochable (de hecho llevó a cabo una operación de agrupación de parcelas para intentar regularizar la situación), además de tratarse de una empresa profesional de la construcción», apreciando en la apelante «*la concurrencia de circunstancias concomitantes, no excluyentes por su misma gravedad de la responsabilidad de la administración...*».

2.3.3. Plazo para formular la reclamación

El art. 142.4 LRJPAC señalaba que el derecho a reclamar prescribe al año de haberse dictado la sentencia definitiva. El art. 4.3 R. D. 429/1993 de 26 de marzo, exigió, con mayor claridad, la «firmeza» de la sentencia que anulara el acto o resolución (fijando el *dies a quo* en la «fecha en que la sentencia de anulación hubiera devenido firme»), y así lo entendió la jurisprudencia (STS 18 de abril de 2000 –RJ 2000/3373–)¹⁷. La exigencia de firmeza de la sentencia ha sido destacada por la STS 18 de abril de 2000 (RJ 2000, 3373) recordando que «*venimos sosteniendo que el cómputo del plazo de prescripción de un año no se inicia sino desde que se conocen con plenitud los aspectos de índole fáctica y jurídica que constituyen presupuestos*

¹² A pesar de que el TC no declaró la inconstitucionalidad del apartado 4 de la disposición adicional sexta, la STSJ Cantabria 6 de julio de 2015 (JUR/2016/34470), siguiendo el criterio de sentencias anteriores, considera que «debe seguir aplicando la normativa básica estatal en materia de responsabilidad patrimonial e interpretar la autonómica en el marco de esta última».

¹³ En este sentido ya se pronunciaba BASSOLS COMA, M. en «El control de la legalidad urbanística en la nueva Ley del Suelo», REDA, núm. 6, 1975, págs. 341 y ss.

¹⁴ Comentarios, *op. cit.*, pag. 2.304.

¹⁵ La STS 24 de julio de 1989 (RJ 1989/6072) entiende que «*dolo es ánimo de engañar, y culpa o negligencia grave es descuido inexcusable*».

¹⁶ Comentada en «La responsabilidad de la Administración por anulación de licencias urbanísticas», RODRÍGUEZ CARBAJO, J. R., *Actualidad Administrativa*, núm. 12, Sección Fundamentos de Casación, Quincena 16 al 30 de junio 2007. Ed. LA LEY.

¹⁷ A pesar de ello, las SSTS 17 de marzo y 16 de diciembre de 2003 consideran que ese día hay que referirlo al momento en que se notifica la sentencia que anula el acto administrativo, ya que el art. 142 habla de sentencia definitiva que es diferente a declaración de firmeza de la sentencia.

para determinar el alcance de la acción ejercitada. La firmeza de la sentencia es sin duda uno de estos elementos»¹⁸. La exigencia de firmeza también es predicable de los actos administrativos –SAN de 12 de abril de 2002 (JT 2003/334)–. A pesar de esta línea jurisprudencial, el art. 67.1, párrafo segundo, LPAC, vuelve a fijar el término del plazo para el ejercicio de la acción de responsabilidad patrimonial «al año de haberse notificado la resolución administrativa o la sentencia definitiva».

A los efectos que nos ocupan, en materia de anulación de licencias y orden de demolición la jurisprudencia ha matizado este cómputo del plazo, en la línea ya expuesta de que el daño no es efectivo hasta que se procede realmente a la demolición. La STSJValencia de 7 de noviembre de 2014 (RJCA/2015/91) resume y sistematiza la doctrina jurisprudencial sobre esta materia, concluyendo que «*si dentro del año siguiente a la sentencia todavía no se han producido los daños y perjuicios derivados de la misma la acción no ha nacido todavía por falta de daño efectivo*», recordando que «... el hecho de la demolición y nunca la fecha de la sentencia donde se declaraba la ilegalidad de la licencia, pronunciamiento platónico mientras no se lleve a efecto materialmente. Por tanto, el cómputo del año comenzó el día en el cual concluyó el derribo de las edificaciones afectadas», rechazando, por extemporánea anticipadamente, la reclamación de responsabilidad. Con mayor claridad la STS 6 de junio de 2011 (RJ 2011/5057) consideró extemporánea por prematura la acción de responsabilidad al no haberse producido la demolición al momento de la reclamación.

2.3.4. Cuantía de la indemnización

La cuantía de la indemnización se calculará con referencia al día en que la lesión se produjo, sin perjuicio de su actualización a la fecha en que se ponga fin al procedimiento de responsabilidad con arreglo al Índice de Garantía de la Competitividad, y de los intereses que procedan por demora en el pago de la indemnización fijada.

La determinación de la cuantía de la indemnización plantea diversas cuestiones:

- a) Momento al que debe referirse la valoración. Siguiendo la línea jurisprudencial expuesta, la STSJValencia de 7 de noviembre de 2014 (RJCA/2015/91), establece que «*debe calcularse su valor (de la vivienda) de mercado al momento en que su demolición se lleve a cabo*». Y las SSTSJCantabria de 22 de abril de 2014 (JUR/2014/131584) y de 6 de julio de 2015 (JUR/2016/34470), reproduciendo el criterio de la Sentencia de 13 de marzo de 2006 (PROV 2006, 132826), consideran que «*el daño referido al valor de las viviendas debía ser efectivo y que debía esperarse a que las consecuencias dañosas se materializasen al llevarse a cabo la orden de demolición, momento en que podrían determinarse*».
- b) Respecto de la cuantía, la STSJValencia de 7 de noviembre de 2014 (RJCA/2015/91), citando una reiterada y prolífica jurisprudencia del Tribunal Supremo, establece el criterio de que, en referencia a los bienes inmuebles, debe calcularse su «*valor de mercado*» al momento en que su demolición se lleve a cabo. Frente a este criterio, la citada STSJCantabria de 22 de abril de 2014 fijó el criterio de valoración en función del precio fijado en la escritura de compraventa, aclarando en Auto de 26 de junio de 2014 que dicho importe incluye la de los impuestos declarados como pagados en dicho documento público, incrementándose o disminuyéndose la cantidad en función a la evolución del índice de precios al consumo desde la fecha en que se dictó la nulidad de la licencia.
- c) En cuanto a la cuantificación de los daños morales, la STS 23 de marzo 2011 (RJ 2011, 2512) recuerda que «*el resarcimiento del daño moral por su carácter afectivo y de “preium doloris” carece de módulos objetivos, lo que conduce a valorarlo en una cifra razonable, que siempre tendrá un cierto componente subjetivo*». Para la determinación de la cuantía la STSJCantabria 7 de noviembre de 2006 (PROV 2007,87290) establece diversos criterios: 1) que se trate de primera o segunda vivienda, dado el mayor sufrimiento moral por la pérdida del domicilio habitual; 2) atención al valor material de las viviendas; 3) cálculo estableciendo grupos de vecinos; 3) atención a los baremos indemnizatorios del seguro del automóvil.

¹⁸ Concretando aún más sobre el día inicial del cómputo del plazo, la Sentencia TEDH de 20 de junio de 2000 (Miragall Escolano y otros) estimó que se había producido una interpretación no razonable de los requisitos para entablar la acción de responsabilidad, con infracción del art. 6.1. del *Convenio Europeo* al no computarse el plazo desde la publicación de la sentencia en el *BOE*.

3. LA EJECUCIÓN DE SENTENCIAS

3.1. La ejecución de sentencias en nuestro ordenamiento jurídico

La ejecución de las sentencias ha sido la asignatura pendiente de todos los sistemas de justicia administrativa de inspiración francesa. Señala BELTRÁN DE FELIPE, M.¹⁹ que las dos Leyes que en nuestro ordenamiento jurídico la han configurado, las de 1888 y 1956, el aspecto que menos se judicializaba y que más atraso llevaba fue precisamente este de la ejecución de sentencias. Y eso que, como acertadamente destacó PARADA VAZQUEZ, R. en esta cuestión la jurisdicción se ha venido jugando buena parte de su prestigio, porque «¿de qué sirve sufrir los avatares de un proceso, a veces eterno en el tiempo, si con motivo de la ejecución de la sentencia favorable se inicia un nuevo e inacabado calvario que termina en un fiasco: la imposibilidad de ejecutar la sentencia?»²⁰.

Partíamos de un sistema que dejaba la ejecución de la sentencia prácticamente en manos de la propia Administración autora del acto o disposición objeto del recurso, privilegio de reserva de la ejecución que la dejaba «al arbitrio puro y simple de la misma administración condenada»²¹. Frente a esta concepción reacciona directamente la Constitución de 1978 en los siguientes preceptos:

Artículo 117.3.- El ejercicio de la potestad jurisdiccional en todo tipo de procesos, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, corresponde exclusivamente a los Juzgados y Tribunales determinados por las leyes, según las normas de competencia y procedimiento que las mismas establezcan.

Artículo 118.- Es obligado cumplir las sentencias y demás resoluciones firmes de los Jueces y Tribunales, así como prestar la colaboración requerida por éstos en el curso del proceso y en la ejecución de lo resuelto²².

Publicado el texto constitucional, afirmó GARCIA DE ENTERRIA, E. que la titularidad de la ejecución en virtud del art. 117.3 CE ya no recae en la Administración sino en los jueces y tribunales²³, llegando a entender derogado los preceptos de la LJCA 1956 que se oponen a la judicialización de la ejecución²⁴. El propio TC, en Sentencia 67/1984, de 7 de junio, reinterpretó el art. 103 «no como la atribución de una potestad, sino como la concreción del deber de cumplir lo decidido por las Sentencias» (f. j. 3).

La realidad ya comúnmente admitida es que nuestro texto constitucional ha judicializado plenamente el régimen de ejecución de sentencias en el orden jurisdiccional contencioso-administrativo²⁵. Además, el derecho a la ejecución de la sentencia se ha integrado, formando parte de su contenido, en el más amplio derecho a la tutela judicial efectiva que consagra el art. 24 CE (SSTC 48/1999, de 22 de marzo, o 140/2001, de 18 de junio, consagran la «intangibilidad, inmodificabilidad o invariabilidad de las resoluciones judiciales» como una exigencia de seguridad jurídica y como «una manifestación del derecho a la tutela judicial efectiva»). Ello no depende del acierto o de la calidad de la sentencia, de su justicia o injusticia. Como ha puesto de manifiesto SAMANO BUENO, P. «todas las sentencias son igualmente eficaces: las buenas y las malas, las justas y las injustas, las correctas y las incorrectas. Nótese que si una sentencia llega a ser firme (por definitiva o por no haber sido impugnada) es válida y eficaz, aunque sea ilegal por los cuatro costados»²⁶.

¹⁹ “Exigencias constitucionales del contencioso-administrativo”, en *Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al Professor Eduardo García de Enterria*, tomo IV, pág. 3.103. Ed. Civitas, 1991.

²⁰ Prólogo al trabajo de GÓMEZ-FERREZ RINCÓN, R., *La imposibilidad de ejecución de sentencias en el proceso contencioso-administrativo*, Ed. Thomson-Civitas, 2008, pág. 24.

²¹ GARCIA ENTERRIA, E., *Hacia una nueva justicia administrativa*, Ed. Civitas, 1991, pág. 147.

²² Este mandato se desarrolla en el art. 17.2 LOPJ al disponer que «las Administraciones Públicas, las Autoridades y funcionarios, las Corporaciones y todas las entidades públicas y privadas, y los particulares, respetarán y, en su caso, cumplirán las sentencias y las demás resoluciones judiciales que hayan ganado firmeza o sean ejecutables de acuerdo con las leyes».

²³ Op. cit., pág. 150.

²⁴ “Principio de legalidad. Estado material de Derecho y facultades interpretativas y constructivas de la jurisprudencia en la Constitución”. *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 10, 1984, págs. 11-62.

²⁵ “Los postulados constitucionales de la ejecución de sentencias contencioso-administrativas”, GARCIA DE ENTERRIA, E., *Documentación administrativa*, núm. 209, 1987, págs. 7-16.

²⁶ “La ejecución de sentencias en materia de urbanismo: repaso al estado de las cosas y alguna propuesta”. *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente*, núm. 238, 2007.

Esta judicialización se plasma en la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa (LJCA)²⁷, que atribuye a los Juzgados y Tribunales de este orden jurisdiccional la potestad de ejecutar las resoluciones judiciales, correspondiendo su ejercicio al que haya conocido del asunto en primera o única instancia. Correlativamente se impone a las partes la obligación de cumplir las sentencias, estando todas las personas y entidades, públicas o privadas, obligadas a colaborar en la ejecución.

La exigencia de ejecución adquiere tal relevancia que se sanciona con la nulidad de pleno derecho a aquellos actos y disposiciones contrarios a los pronunciamientos de las sentencias, y no sólo al fallo. La conducta consistente en dictar actos y disposiciones con la finalidad de evitar los pronunciamientos de una sentencia ha sido calificada por la jurisprudencia como una «singular» desviación de poder, en la medida en que el fin perseguido no es aquel para el que se otorgó la potestad de dictarlo, aunque en este caso con la sanción de nulidad de pleno derecho (art. 103.4 LJCA)²⁸.

La LJCA ha sustituido –art. 105– la posibilidad de que la Administración suspenda o no ejecute el fallo de la sentencia por la eventual declaración de imposibilidad de ejecución o la expropiación de los derechos o intereses reconocidos en la misma. La imposibilidad puede ser legal, normalmente por la modificación sobrevenida de la normativa aplicable (STC 73/2000, de 12 de marzo), o material, en los supuestos de imposibilidad física de llevar a efecto la ejecución. En estos supuestos se fijará, en su caso, la indemnización que proceda por la parte que no pueda ser objeto de cumplimiento pleno²⁹. Como señala CARUZ ARCOS, E.³⁰, esta posibilidad de inejecución ha sido avalada por el Tribunal Constitucional, considerando que en determinadas circunstancias no es exigible el cumplimiento exacto de lo dispuesto en el fallo, imponiéndose en estos casos un cumplimiento o ejecución alternativa o sustitutoria, bien mediante una indemnización o a través de otro tipo de prestación (STC67/1984, de 7 de junio)³¹.

No obstante, las dificultades para la ejecución de las sentencias siguen siendo manifiestas por cuanto el modelo se asienta en gran medida sobre ejes de la antigua regulación, partiendo de la falaz idea de que la Administración cumplirá voluntariamente la sentencia y, en su defecto, una simple admonición del Juez quebraría cualquier resistencia. A ello se añade el cambio que se ha producido en relación con el plazo para la ejecución de las sentencias. Admitido hasta ahora que no rige el plazo de cinco años del art. 518 LEC sino que era de aplicación el plazo de 15 años previsto en el art. 1964 del Código Civil para las acciones personales (STS 17 de diciembre de 2010), la disposición final primera de la Ley 42/2015, de 5 de octubre, de Reforma LEC, ha modificado el citado art. 1964 del Código Civil fijando un plazo de prescripción de las acciones personales, que no tengan un plazo de especial de CINCO AÑOS. Ello supone unificar el plazo de prescripción de la ejecución de sentencias, pero también implica un riesgo cierto de inejecución de sentencias que ordenan la demolición de viviendas simplemente por el transcurso del plazo de prescripción de la acción.

3.2. La ejecución de sentencias en el ámbito urbanístico que ordenan la demolición de viviendas

El problema de las dificultades para la ejecución de sentencias cobra especial relevancia en el ámbito urbanístico³². En la gran mayoría de las ocasiones los obligados a colaborar en la ejecución son

²⁷ La concepción jurisdiccional de la actividad que se desarrolla en la ejecución de sentencias ha llevado al TC a desestimar la posible vulneración del derecho a la inviolabilidad del domicilio, descartando que la demolición de viviendas como consecuencia de la ejecución de una sentencia precise de autorización judicial, porque «estamos ante la ejecución de resoluciones judiciales firmes que autorizan a la Administración a desalojar y derribar las viviendas expropiadas» (STC 160/1991, de 18 de junio (RTC 1991,160).

²⁸ «La ejecución de sentencias en materia urbanística: una visión de conjunto». CABELLO MARTÍNEZ, G y GARCÍA SANZ, F. J., *Práctica Urbanística*, núm. 91, Sección Estudios, marzo, 2010. Ed. La Ley. Con cita de las SSTS 24 de julio y 10 de mayo de 2007; 31 de enero, 1 y 28 de marzo y 28 de diciembre de 2006; 21 de junio de 2005.

²⁹ El art. 18.2 LOPJ obliga en los casos de inejecución a que el Juez fije «en todo caso» la indemnización que sea procedente, frente a la previsión del art. 105.2 LJCA de que esta indemnización será fijada «en su caso». Como ha puesto de manifiesto CARUZ ARCOS, E., la jurisprudencia viene exigiendo que el recurrente sólo sea indemnizado si demuestra que la imposibilidad de ejecución le ha ocasionado un perjuicio patrimonial cierto y evaluable (STS 24 de enero de 2007), recayendo la carga de la prueba de los daños y perjuicios en quien los reclama (STS 26 de mayo de 2008). En «La imposibilidad de ejecutar la sentencia que ordena la demolición de un inmueble: análisis del artículo 105.2 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa», *Revista Andaluza de Administración Pública*, núm. 74/2009, págs. 349-377.

³⁰ *Op. cit.*, págs. 353-354.

³¹ En el supuesto que analiza la STSJCastilla y León, Burgos, de 6 de noviembre de 2015 (RJCA/2015/1034) la compensación que se impone por la inejecución es «que por parte del Ayuntamiento de Sotillo de la Adrada se proceda a la configuración y urbanización del viario a costa del Ayuntamiento».

³² Con el art. 228 Ley del Suelo de 1956 prácticamente era voluntad de la Administración la demolición, ya que podía disponer la continuación de las obras fijando el juez la indemnización.

los Ayuntamientos (a quienes corresponde el otorgamiento de los títulos habilitantes, la disciplina y la restauración de la legalidad urbanística), que en muchas ocasiones contribuyen, por acción u omisión, a generar las situaciones que después se ven obligados a revertir. Tres cuestiones abordamos en relación con este tema:

3.2.1. ¿Debe contener el fallo de la sentencia un pronunciamiento expreso sobre la obligación de demoler?

La cuestión se plantea en los supuestos de sentencias que anulan licencias y no contienen un pronunciamiento expreso sobre la obligación de demoler lo ilegalmente construido. En el incidente de ejecución, la parte ejecutada suele oponer la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24 CE por suponer una suerte de resolución sobre cuestiones no decididas, directa o indirectamente, en la sentencia cuya ejecución se insta, con vulneración del principio de congruencia de las resoluciones judiciales.

Frente a estos argumentos, la doctrina del Tribunal Supremo es clara y unívoca. La STS 7 de junio de 2005 (RJ 2005/5244) –citada por la STS 18 de febrero de 2009 (RJ 2009/2834)– concluye 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 sólo contuviera explícitamente el pronunciamiento anulatorio de la sentencia*». No es facultativo del Juez acordar o no la demolición al ejecutar la sentencia, sino que –como aclara la STS 4 de octubre de 2006 (RJ 2007/4579)– «*la demolición de lo construido es la consecuencia legalmente impuesta en el caso de anulación de una licencia concedida con infracción de la normativa urbanística*», aunque no contenga pronunciamiento sobre la demolición –STS 31 de marzo de 2010 (RJ 2010/2765)–.

Para completar el entendimiento de la cuestión hay que precisar, como lo hace la STS 18 de febrero de 2009 (RJ 2009/2834), que no estamos ante el reconocimiento de una situación jurídica individualizada que se pretenda al amparo del art. 71.1,b LJCA y que requiera necesariamente la petición previa por el interesado en su demanda (art. 31.2 LJCA), «*sino, más bien, una consecuencia irremisiblemente derivada de una declaración de nulidad jurisdiccional. Y ello, con independencia de que la citada demolición hubiera sido solicitada, o no, en el suplico de la demanda, y hubiera sido, o no, expresamente declarada en el fallo de la sentencia dictada*».

3.2.2. Los cambios de planeamiento como causa de imposibilidad jurídica de ejecutar las sentencias que ordenan la demolición

El art. 105.1 LJCA parte de la premisa de que no puede suspenderse el cumplimiento ni declararse la inejecución total o parcial del fallo, salvo que concurren causas de imposibilidad material o legal de ejecutar una sentencia, que deberá apreciarlas el Juez en incidente contradictorio.

Una de las causas que se invocan para la inejecución de sentencias que ordenan la demolición es la imposibilidad legal normalmente derivada de la modificación sobrevenida de la normativa aplicable, que en el ámbito urbanístico se produce por el cambio de planeamiento de aplicación, de suerte que una edificación que era contraria al planeamiento se ajusta al mismo como consecuencia de un cambio de sus determinaciones. Dada la naturaleza reglamentaria de los planes urbanísticos, el control sobre la incidencia de ese cambio normativo en la ejecución de la sentencia corresponde a la jurisdicción contencioso-administrativa, existiendo una prolífica jurisprudencia al respecto³³.

Ahora bien, no basta el inicio o la mera tramitación de la modificación del plan para suspender la ejecución de la sentencia, es decir, la expectativa de cambio normativo no legitima la suspensión de la ejecución. Así, la citada STC 22/2009, de 26 de enero, nos advierte que «*la decisión judicial de suspender una demolición acordada en sentencia firme sobre la base de una mera futura modificación de la normativa urbanística que, eventualmente, la legalizara, supone una vulneración del art. 24.1 CE, en su vertiente de derecho a la ejecución de las resoluciones judiciales en sus propios firmes términos*» (f. j. 3.º).

³³ Vid. al respecto “Las innovaciones de planeamiento urbanístico como causa de imposibilidad legal para la ejecución de sentencias” RUIZ BURSON, F. J., en *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 32, Iustel, 2013.

A pesar de esta doctrina constitucional, la Ley 4/2013, de 20 de junio, que añade un art. 65.bis a la Ley 2/2001, de 25 de junio, de ordenación territorial y del régimen urbanístico del suelo de Cantabria, ha intentado suspender los procedimientos de ejecución de sentencias que obligan a la demolición sobre la base del inicio de un procedimiento de modificación o revisión del planeamiento y la concesión de una autorización provisional, con resultado infructuoso al declararse inconstitucional por la STC 254/2015, de 20 de noviembre.

Es preciso determinar qué tipo de cambio, y no la mera expectativa, es suficiente para que la inejecución sea posible. En un primer momento se entendió que bastaba la alteración del planeamiento para que se considerara que concurre la causa de imposibilidad de ejecución³⁴, pero a partir, fundamentalmente, de la STS 5 de abril de 2001 (RJ 2001/3030) –Caso el Fortín de la Reina en Tarragona– la modificación del planeamiento no será causa de inejecución de la sentencia por imposibilidad jurídica si ha sido realizada con la intención de incumplir la sentencia, o mejor, de que no se ejecute, incurriendo entonces en una suerte de desviación de poder.

Son varios los criterios que utiliza la jurisprudencia para comprobar si un cambio de planeamiento tiene por finalidad exclusiva eludir la ejecución de una sentencia, contraviniendo la prohibición de actos y disposiciones contrarios a los pronunciamientos de las sentencias, dictados con la finalidad de eludir su cumplimiento. Entre otros los siguientes: 1) la falta de fundamentación o motivación del nuevo planeamiento, en la medida que es un indicador de su innecesidad más allá de la elusión del cumplimiento del fallo; 2) cuando la Administración competente para la aprobación de la modificación del planeamiento es distinta de la que dictó el acto objeto de la sentencia a ejecutar, dado que es más difícil probar la connivencia; 3) el ámbito territorial de la modificación, en la medida en que sea más extenso menos estará dirigido directamente a evitar la ejecución; 4) la modificación aprobada inicialmente antes de dictarse la sentencia. Pero el cambio de planeamiento, aún no encuadrable en los supuestos de desviación de poder, no implica sin más la imposibilidad de ejecución, requiriéndose, además, que la actuación anulada haya sido legalizada mediante la correspondiente licencia (SSTS 26 de septiembre 2006 –RJ 2006/6665– o 29 de abril 2009 –RJ 2009/5146–).

3.2.3. La protección de los terceros de buena fe

Uno de los argumentos que se esgrimen para intentar paralizar la ejecución de las sentencias que ordenan la demolición de viviendas es la protección del tercer adquirente de buena fe. Se nos presenta al indefenso ciudadano, que ve lesionados sus legítimos derechos por la codicia del promotor con la connivencia del Ayuntamiento, como acreedor de una protección más potente que la exigencia de un Estado de Derecho de la ejecución de las resoluciones judiciales.

La posición más común en la jurisprudencia es que la presencia de terceros hipotecarios de buena fe que pueden verse afectados por la demolición de una vivienda declarada ilegal es un dato irrelevante a efectos del cumplimiento de la sentencia que declara dicha ilegalidad. Se considera que los terceros adquirentes no están protegidos por el art. 34 de la Ley Hipotecaria, ya que asumen todos los derechos y deberes urbanísticos, entendiendo que la protección de sus intereses debe llevarse a cabo «*por otros cauces, cuales pueden ser los conducentes a dejar sin efecto, si aún fuera posible, la sentencia de cuya ejecución se trata, o a resolver los contratos por los que adquirieron, o a obtener del responsable o responsables de la infracción urbanística, o del incumplidor de los deberes que son propios de dichos contratos, el resarcimiento de los perjuicios irrogados por la ejecución*» (STS 29 de diciembre de 2010 –RJ 2011/1066–).

La STS 14 de julio de 2016 (RJ 2016/3918) resume con claridad la doctrina jurisprudencial: 1.º los terceros adquirentes del edificio cuyo derribo se ordena ni están protegidos por el art. 34 de la Ley Hipotecaria, ni están exentos de soportar las actuaciones materiales que lícitamente sean necesarias para ejecutar la sentencia; 2.º el art. 34 Ley Hipotecaria protege el derecho real, y éste pervive aunque después se anule o resuelva el del otorgante o transmitente, pero no protege la pervivencia de la cosa objeto de derecho cuando ésta ha de desaparecer por imponerlo así el ordenamiento jurídico; 3.º la fe pública registral y el acceso de los derechos dominicales no subsana el incumplimiento del ordenamiento urbanístico; 4.º conforme al principio de subrogación de los sucesivos adquirentes en el cumplimiento de los deberes impuestos por el ordenamiento urbanístico, la demolición de lo indebidamente construido no pesa únicamente sobre quien realizó

³⁴ Como señalaba el Auto TS de 29 de abril de 1977 «...puesto que la demolición de unas construcciones que inmediatamente podrían ser de nuevo autorizadas carece de sentido jurídico como mera ficción que deberá sustituirse por el equivalente real o sea el mantenimiento de la obra ejecutada...».

la edificación ilegal sino que, también, sobre los sucesivos titulares de la misma; 5.º todo ello sin perjuicio de la responsabilidad en que hubiera podido incurrir quien la construyó por los daños y perjuicios causados a los adquirentes. En la misma línea se sitúa la STJMadrid de 8 de marzo de 2017 (JUR 2017/96856), afirmando que «*los recurrentes, en su condición de adquirentes de las viviendas, no están exentos de soportar las actuaciones materiales que lícitamente sean necesarias para ejecutar la sentencia*». El hecho de que adquirieran las viviendas con posterioridad a que fuese dictada la orden de demolición obliga a «*estimar que se subrogaron en los deberes urbanísticos del constructor o del propietario inicial, debiendo asumir las consecuencias de la ejecución de la sentencia*».

4. ALGUNOS INTENTOS DE PALIAR LAS CONSECUENCIAS DE LA EJECUCIÓN DE SENTENCIAS QUE ACUERDAN LA DEMOLICIÓN

Las graves consecuencias que supone la demolición de una vivienda que ha sido construida al amparo de un título inicialmente válido y con la buena fe del adquirente, con grave atentado de los principios de seguridad jurídica y confianza legítima, han pretendido ser atenuadas por diversas legislaciones urbanísticas.

Así ha ocurrido en los casos de las Comunidades Autónomas de Cantabria y Galicia, que han aprobado normas que pretendían, de uno u otro modo, hacer depender la efectiva demolición de la vivienda (o la puesta a disposición en favor de la Administración) a la materialización del derecho que pudiera corresponder a su titular por la responsabilidad patrimonial de la Administración que otorgó el título, no concurriendo dolo, negligencia o culpa grave del obligado a la demolición. La idea que pretendían materializar ambas iniciativas es, a nuestro juicio, impecable desde el punto de vista de la construcción teórica de la responsabilidad patrimonial. Esta debe garantizar la indemnidad patrimonial, es decir, que el resultado lesivo sea compensado «íntegramente». Y ello no ocurre cuando un particular, además de buena fe, se ve desposeído de su patrimonio (demolición de vivienda) y no obtiene su equivalente económico hasta un tiempo después, a veces bastante largo, sin que nadie se haga responsable de los daños que pueda sufrir entre uno y otro momento u obligándole a un nuevo procedimiento lento y tortuoso de exigencia de una nueva responsabilidad patrimonial.

Ambas iniciativas fueron declaradas inconstitucionales por las SSTC 92/2013, de 22 de abril, y 82/2014, de 28 de mayo, en el particular aspecto de supeditar la ejecución de la sentencia de demolición de vivienda a que se perciba la indemnización por responsabilidad patrimonial, o bien difiriendo la puesta a disposición de la vivienda para su demolición a la puesta a disposición de la indemnización, al vulnerar la competencia estatal en materia procesal. Sin dejar de mostrar cierta sensibilidad social concluyen que no corresponde al legislador autonómico introducir una causa de suspensión o aplazamiento de la ejecución de las sentencias.

4.1. La Ley 2/2011, de 4 de abril, de Cantabria³⁵

El problema que analizamos es de una especial gravedad en Cantabria³⁶. Para intentar solucionarlo la Ley 2/2011 introduce una disposición adicional sexta a la Ley 2/2001, de 25 de junio, de ordenación territorial y del régimen urbanístico del suelo, con un objetivo reflejado en su exposición de motivos: «incorporar

³⁵ Vid. «El problema de la responsabilidad por las sentencias de derribo en Cantabria», CORTINES GONZÁLEZ DE RIANCHO, F., *Práctica Urbanística*, núm. 110, Sección Estudios, Diciembre 2011. Ed. LA LEY; «Un comentario a la Sentencia 92/2013, de 22 de abril, del Tribunal Constitucional, sobre la suspensión, acordada por una Ley autonómica de la demolición de edificaciones ilegales», ENERIZ OLAECHEA, *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 4/2013, Parte Tribuna. Ed. Thomson-Aranzadi; Especial referencia a la convocatoria legislativa de la Ley 2/2011, de 4 de abril, «Ley de derribos cántabra» y la STC de 22 de abril de 2013, VILELA PASCUAL, M. L., *Práctica Urbanística*, núm. 124, Sec. Estudios, Ed. La Ley.

³⁶ Como señala CORTINES GONZÁLEZ DE RIANCHO, en 2011 estaban pendientes de cumplimiento de orden de derribo 255 viviendas en el Ayuntamiento de Argoños, 144 del Ayuntamiento de Arnuero; 32 del Ayuntamiento de Escalante; 110 del Ayuntamiento de Miengo; y 80 del Ayuntamiento de Piélagos. Además de un grave problema social, estos datos evidencian un grado incomprendible de incumplimiento de la normativa urbanística por parte de las autoridades municipales. Esta actividad municipal irregular dará lugar a un coste para los ciudadanos que se estima por el Gobierno de Cantabria en 156.492.914,27 euros (cuantía a la que dará lugar la ejecución de los fallos judiciales), que se elevaría a 300 millones de euros si se estimaran las pretensiones de los afectados. Y estos datos obedecen a lo que ENERIZ OLAECHEA denomina «lotería de la justicia urbanística», consecuencia de la «lotería del urbanismo», o posibilidad de que alguien recurra y se aplique inexorablemente unas normas que, a veces, tienen interpretación dudosa. Los datos de las viviendas que habría que demoler en estricto cumplimiento de la legislación urbanística y cuyos propietarios tuvieron la «buena suerte» de que nadie recurrió serían mucho más elocuentes.

a la legislación urbanística de Cantabria una previsión que (...) permita el abono de la indemnización con carácter previo al derribo efectivo de los inmuebles». Esta loable intención se articula técnicamente mediante un mecanismo que el TC considera obstáculo a la ejecución de la sentencia y, en consecuencia, fuera del alcance competencial del legislador autonómico.

La disposición regula la tramitación de los expedientes en materia de responsabilidad patrimonial derivada de actuaciones en materia urbanística. Y en su apartado 4 establece que «cuando la lesión se produzca como consecuencia de actuaciones administrativas declaradas ilegales que determinen el derribo de edificaciones, se deberá iniciar el procedimiento, de oficio o a instancia de parte, desde el momento en que se tenga conocimiento fehaciente de la existencia de una resolución judicial o administrativa, firme y definitiva, que establezca la obligación de derribar», concluyendo que «sólo se podrá proceder a la demolición cuando haya finalizado el procedimiento de determinación de la responsabilidad patrimonial, se haya establecido en su caso el importe de indemnización y se haya puesto éste a disposición del perjudicado».

Planteada cuestión de inconstitucionalidad frente a esta disposición, fue resuelta por STC 92/2013, de 22 de abril³⁷. Dos reproches de inconstitucionalidad se plantearon:

- 1.º La norma introduce un supuesto de responsabilidad patrimonial en el que el daño indemnizable no es efectivo sino eventual, lo que afecta al sistema básico de esta institución reservado al Estado *ex art. 149.1.18*. Ya expusimos que este motivo no se consideró relevante para el fallo, ya que en la cuestión de inconstitucionalidad «*lo único que ha de resolver es si resulta procedente o no la suspensión de la ejecución de la sentencia en cuanto a la demolición de las viviendas concernidas*».
- 2.º La cuestión clave a dilucidar es si la norma cántabra, al introducir una causa de suspensión de la ejecución de las sentencias vulnera la competencia estatal exclusiva en materia de legislación procesal –*art. 149.1.6 CE*–, dado que no se podría proceder a la demolición de las edificaciones ilegales en tanto no se haya resuelto antes el expediente de responsabilidad patrimonial incoado y mientras no se ponga a disposición de los propietarios de las viviendas afectadas por el derribo el importe de la indemnización que se reconozca.

El Parlamento cántabro parte del hecho de que las consecuencias jurídicas de la sentencia no varían dado que las obras declaradas ilegales serán inexorablemente demolidas, introduciendo únicamente un procedimiento previo encaminado a fijar la indemnización, sin que ello signifique una suspensión *sine die* ya que el procedimiento de responsabilidad tiene una duración máxima de seis meses. La finalidad última de la sentencia, la demolición, se lleva a efecto con el sistema que diseña esta regulación autonómica.

El TC reproduce su doctrina sobre el derecho a la intangibilidad de las resoluciones judiciales firmes en el seno de una ejecución de sentencia dictada en materia urbanística (STC 67/1984, de 7 de junio) y sobre la competencia de ejecución de sentencias como la concreción del deber de cumplir lo decidido por la sentencia (STC 160/1991), concluyendo que corresponde, en el sistema constitucional derivado de los arts. 117.3 y 118 CE, a los Juzgados y Tribunales, con carácter exclusivo, la función de ejecutar lo juzgado «en todo tipo de procesos».

Aborda el alcance de las competencias autonómicas a la hora de introducir singularidades procesales derivadas de su derecho sustantivo *ex art. 149.1.6 CE*. Entiende el TC que las singularidades procesales que se permiten a las CC.AA deben guardar una conexión directa con las particularidades de su derecho sustantivo autonómico, que «*vengan requeridas por éstas*», correspondiendo al legislador autonómico o, en su defecto, a quienes asuman la defensa de la ley impugnada, «*ofrecer la suficiente justificación sobre la necesidad de alterar las reglas comúnmente aplicables por venir requeridas por las particularidades del Derecho sustantivo autonómico, salvo que del propio examen de la Ley se pueda desprender o inferir esas necesarias especialidades*».

Para eludir esta doctrina, el Parlamento y el Gobierno cántabro argumentaron que la norma impugnada no introducía una especialidad material que justificara un régimen procesal singular, sino que únicamente se ha dispuesto un procedimiento administrativo a seguir en la ejecución de sentencias, insertando los trámites

³⁷ El origen del caso parte de una anulación –el 24 de julio de 2000– de licencia de obras por inexistencia del preceptivo Estudio de Detalle. En el incidente ejecución, y ante la pasividad municipal, la Sala TSJCantabria acordó, mediante Auto de 19 de febrero de 2010, la ejecución subsidiaria del derribo de las viviendas, designando a TRAGSA para llevar a cabo la demolición. El Ayuntamiento solicitó la paralización al no haberse resuelto el expediente de responsabilidad patrimonial conforme a la citada disposición adicional sexta de la Ley 2/2011. El TSJCantabria planteó la cuestión de inconstitucionalidad.

para la determinación de la responsabilidad patrimonial en que hubiera podido incurrir la Administración urbanística y su satisfacción.

El TC considera que esa concepción no responde al modelo constitucional y que en la ejecución de sentencia no hay potestad administrativa alguna en juego, siendo una potestad exclusivamente judicial. La conclusión es que la introducción de este trámite («*ajeno a la propia ejecución de la sentencia y que tiene el efecto de paralizar la misma mientras sustancia, decide y, en su caso, ejecuta mediante el pago*») incide en la regulación de la ejecución de sentencia, sin que concurra ninguna especialidad del derecho sustantivo autonómico que lo justifique. Además, advierte de una vulneración del art. 117.3 CE ya que, de admitirse la solución autonómica, «*la ejecución de la sentencia termina por escapar del control judicial, único competente para hacer ejecutar lo juzgado*».

En consecuencia declara la inconstitucionalidad del párrafo 5 del apartado 4, tan sólo en cuanto se refiere a los procesos de ejecución de resoluciones judiciales, no a la ejecución de actos administrativos, y del apartado 5 en su totalidad³⁸.

4.2. La Ley 8/2012, de 29 de junio, de vivienda de Galicia³⁹

El Parlamento Gallego era ya consciente de la cuestión de inconstitucionalidad planteada contra la Ley 2/2011 de Cantabria, y propuso una solución aparentemente más matizada. La norma gallega, más sutil, reconocía al titular de la vivienda un derecho a residir hasta que no se determinara la indemnización correspondiente. Por ello, el representante procesal de la Xunta de Galicia proponía que la solución «*no supone injerencia en las competencias estatales, puesto que no introduce ninguna causa de suspensión en la ejecución de sentencias, sino que se limita a reconocer a los titulares de viviendas una permanencia en las mismas*».

La Disposición adicional sexta regula el «derecho a la vivienda y necesaria asunción por la Administración de sus responsabilidades económicas con carácter previo a la demolición e impedimento de usos», garantizando a «los titulares de las viviendas construidas al amparo de un título anulado» el derecho a residir en el inmueble mientras no se determine por la administración competente, a través del correspondiente procedimiento de responsabilidad patrimonial, el alcance de la indemnización a que, en su caso, tengan derecho. Para garantizar el derecho, «el acto administrativo o sentencia firme que determine la anulación del título y conlleve la reposición de la legalidad urbanística y la demolición de lo construido, por no ser las obras legalizables por su incompatibilidad con el ordenamiento urbanístico, llevará consigo, como efecto legal necesario, la apertura de oficio del procedimiento de responsabilidad patrimonial». Durante la tramitación del procedimiento el inmueble se considera incurso en la situación de fuera de ordenación.

Concluido el procedimiento, si existiera responsabilidad patrimonial de la Administración deberá proceder a ejecutar la demolición del inmueble y a impedir definitivamente los usos a que diese lugar. La clave del sistema es que «será requisito necesario el previo pago o consignación a disposición de la persona titular de la vivienda de la indemnización, y tendrá derecho, mientras tanto, a residir en ella». Si no existe responsabilidad patrimonial, se procederá a la demolición del inmueble y a impedir definitivamente los usos a que diese lugar, de conformidad con lo dispuesto en la legislación del suelo.

La constitucionalidad de la norma fue defendida sobre la base de que no introducía ninguna especialidad de índole procesal, limitándose a reconocer un derecho subjetivo a los titulares de la vivienda, a diferencia de la Ley gallega que introducía directamente una causa de suspensión de la ejecución de la sentencia.

La STC 82/2014, de 28 de mayo, no comparte esta sutil diferenciación, considerando que el reconocimiento de un derecho a residir en el inmueble mientras se sustancia el procedimiento de responsabilidad patrimonial «*tiene el mismo efecto paralizador de la ejecución de sentencias cuya inconstitucionalidad ya quedó determinada por la STC 92/2013*». Es más, el derecho a residir en el inmueble que se reconoce «*es rigurosamente incompatible, en su perspectiva material, con la consecución de la demolición ordenada por orden judicial*».

³⁸ Declaración que no se alcanza a comprender porque el f. j. 7.º declara que «*es claro que el precepto (apartado 5) resulta inocuo una vez declarada la inconstitucionalidad del apartado 4 en su párrafo quinto*».

³⁹ Vid. «*El derecho a residir y la anulación de licencias urbanísticas en la Ley de Vivienda de Galicia. Comentarios jurídicos*». ANTELO MARTÍNEZ, A. R., *Práctica urbanística*, núm. 132, Sección Perspectivas Sectoriales, Ed. LA LEY. Aboga por una regulación autonómica que, sin supeditar la ejecución de sentencias judiciales firmes a la tramitación de un expediente de responsabilidad patrimonial, imponga la obligación de tramitarlo a la Administración municipal como consecuencia directa de la anulación del título de otorgamiento.

En consecuencia, reitera la doctrina sobre la falta de cobertura competencial de la Comunidad Autónoma produciéndose una invasión de la competencia exclusiva del Estado en materia de legislación procesal, y declara la inconstitucionalidad del inciso «o sentencia» del apartado 2 de la disposición adicional sexta (es decir, el precepto opera cuando el título lo anula un acto administrativo, pero no una sentencia, porque, en aquel caso, «no se ven comprometidos ni el ejercicio de la potestad jurisdiccional (art. 117.3 CE) ni la competencia reservada al Estado en materia de legislación procesal ex art. 149.1.6 CE»)⁴⁰.

4.3. La Ley 4/2013, de 20 de junio, de Cantabria

Un nuevo intento acomete la Comunidad Autónoma Cántabra para dar una solución legislativa al grave problema de las sentencias pendientes de ejecutar, pretendiendo, ahora, sortear la jurisprudencia de los efectos de una modificación del planeamiento sobre la ejecución de una sentencia que ordena la demolición, configurando una figura jurídica cuyo efecto directo es la suspensión de dicha ejecución.

La Ley 4/2013, de 20 de junio, de Cantabria, relativa al régimen jurídico de las autorizaciones provisionales de edificaciones o actuaciones preexistentes, así como de adopción de distintas medidas para la agilización de los instrumentos de planeamiento, introduce un nuevo art. 65 bis a la Ley 2/2001, de Ordenación Territorial y Régimen Urbanístico del Suelo de Cantabria, creando la figura de las autorizaciones provisionales con la evidente finalidad de impedir, o al menos posponer, la ejecución de una sentencia que ordena la demolición, omitiendo cualquier referencia a los requisitos sobre el cambio de planeamiento como causa de imposibilidad jurídica de ejecutar este tipo de sentencias. La exposición de motivos de la Ley deja clara cuál es la finalidad de esta autorización provisional, que «supondrá que mientras duren sus efectos las construcciones preexistentes a las que se refiere se mantendrán en la situación en que se encuentren y se les aplicará el régimen jurídico de los edificios fuera de ordenación».

El nuevo art. 65.bis regula una autorización provisional de edificaciones o actuaciones preexistentes, que pueden otorgarse «iniciado el procedimiento dirigido a la formación, modificación o revisión de los planes urbanísticos y demás instrumentos de planeamiento, y para impedir que se generen perjuicios irreparables al interés público o a los propietarios de edificaciones o actuaciones que, habiendo sido previamente declaradas ilegales y sobre las que hubiesen recaído órdenes de demolición administrativas o judiciales, puedan resultar conformes con la nueva ordenación que se está tramitando, el órgano municipal competente para aprobar inicialmente el plan podrá otorgar, de oficio o a instancia de los interesados, autorizaciones provisionales que afecten a dichas edificaciones o actuaciones preexistentes, previa comprobación de que resultan conformes con el nuevo planeamiento municipal en tramitación». La gran virtualidad de estas autorizaciones consiste en que «supondrán que, durante el tiempo en el que desplieguen efectos, esas edificaciones o actuaciones (afectadas por la orden de demolición) se mantendrán en la situación en que se encuentren y les será de aplicación el régimen previsto para los edificios fuera de ordenación».

Los efectos de las autorizaciones provisionales se extinguirán en cualquiera de los siguientes supuestos: a) Cuando las edificaciones o construcciones preexistentes obtengan una nueva licencia de obra, precisando que los requisitos relativos a las condiciones técnicas de la edificación que tendrán que cumplirse para obtener la nueva licencia de obra serán los exigidos por la legislación vigente en la fecha en la que fue concedida la licencia que permitió la efectiva construcción de las mismas⁴¹; b) Cuando las autorizaciones provisionales resulten contrarias a lo aprobado posteriormente en la aprobación inicial, provisional o definitiva del instrumento de planeamiento, sin que se aclare en cuál de los tres momentos debe ponerse de manifiesto la contradicción; c) Cuando transcurran cuatro años desde su otorgamiento.

Diversas cuestiones destacamos del precepto:

- 1.^a La amplitud del bien jurídico que se pretende proteger. No es una norma dirigida a la protección de terceros adquirentes de viviendas de buena fe, sino que alcanza a todo tipo de «edificaciones o actuaciones» que hayan sido previamente declaradas ilegales y sobre las que hubieran recaído

⁴⁰ Posteriormente, y ante otra cuestión de inconstitucionalidad, la STC 149/2014, de 22 de septiembre, declaró la pérdida de objeto respecto de los apartados 1, párrafo primero, y 2, de la disposición adicional sexta de la Ley 8/2012, de 29 de junio, de vivienda de Galicia.

⁴¹ Esta previsión nos parece absolutamente desafortunada. Se pretende que se otorgue una licencia (acto de control y verificación del cumplimiento de la normativa) con arreglo a una normativa que puede estar derogada o que, incluso, pueda afectar a normas básicas de seguridad que hayan sido modificadas.

órdenes de demolición administrativas o judiciales, simplemente por el hecho de que «puedan resultar conformes con la nueva ordenación que se está tramitando».

- 2.^a La autorización provisional puede concederse desde el momento en que se «inicia» el procedimiento de modificación del planeamiento, lo que plantea la duda sobre cuál sea el acto administrativo que determina este inicio. ¿Es necesario un acuerdo del Pleno, órgano competente para la aprobación inicial, decidiendo acometer la modificación del Plan o bastaría una resolución del propio Alcalde decidiendo la apertura del procedimiento de modificación? A nuestro juicio sería exigible el acuerdo plenario, dado que es el órgano que tiene atribuida la competencia, y el acuerdo, además, debe precisar cuál es el objeto y alcance de la modificación. Ello es absolutamente necesario ya que la autorización provisional se concede «previa comprobación de que resultan conformes (las edificaciones o actuaciones declaradas ilegales) con el nuevo planeamiento municipal en tramitación».
- 3.^a Entendemos, aunque nada se diga al respecto, que sigue vigente la doctrina de que el cambio normativo no puede tener como finalidad exclusiva la de articular una causa de imposibilidad jurídica de ejecutar la sentencia⁴².
- 4.^a En cuanto al tipo de plan que legitima esta autorización provisional, deben ser planes urbanísticos cuya aprobación inicial corresponda al municipio, dado que el apartado 1 expresamente se refiere al «órgano municipal competente para aprobar inicialmente el plan».
- 5.^a La finalidad pretendida es impedir que se generen perjuicios irreparables al interés público o al propietario de la edificación o actuación. Nada se dice sobre el perjuicio al propio interés público o a terceros que pueda causar la no ejecución. Debería exigirse, como mínimo según nuestro criterio, un juicio de ponderación sobre todos los intereses que puedan estar en juego.
- 6.^a El efecto más directo pretendido con la autorización es la suspensión es la paralización de la ejecución de la resolución, administrativa o judicial, que ordena la demolición, dado que la autorización supone mantener la edificación o actuación en «la situación en que se encuentren», aplicándoseles el régimen previsto para los edificios fuera de ordenación.
- 7.^a Además, no se les exigirá tributo alguno por el otorgamiento de esta autorización provisional.

Nuevamente el Tribunal Constitucional reaccionó contra esta decisión del legislador, y declaró mediante STC 254/2015, de 30 de noviembre⁴³, la inconstitucionalidad del inciso «o judiciales» del art. 65.bis, manteniendo los efectos de la autorización provisional para los casos de órdenes administrativas que acuerden la demolición.

Tanto el Parlamento como el Gobierno de Cantabria sostuvieron que el instrumento de las autorizaciones provisionales no es legislación procesal, sino legislación urbanística, «una nueva figura jurídica dirigida a conferir mayor eficacia a los planeamientos en tramitación mediante la anticipación parcial de sus efectos, con el fin de evitar causar perjuicios irreparables a los intereses de los particulares y al propio interés público». Añade el Gobierno que la pretendida suspensión de la ejecución procesal no es una consecuencia directa de la Ley 4/2013, no es un efecto de la aprobación de la norma, sino que se produce como consecuencia de un acto administrativo, la autorización provisional, que puede ser controlado por el Juez en el proceso de ejecución e incluso ser declarado nulo al amparo del art. 103.4 LJCA. En consecuencia, no puede haber tacha de inconstitucionalidad de la Ley.

El TC (f. j. 3) parte de la premisa de que «la introducción de la autorización provisional que prevé el artículo 65.bis.1 introduce una causa de suspensión de la ejecución que se impone al órgano judicial», y aunque admite que la misma no se produce ex lege, ya que se necesita el inicio de la tramitación de un nuevo planeamiento y el otorgamiento de dicha autorización, no es menos cierto «que es la ley la que atribuye a la autorización provisional su efecto de impedir la ejecución de la Sentencia». No corresponde al Juez realizar

⁴² No obstante, el Abogado del Estado, en el antecedente 8 de la STC 254/2015, ya advierte que «la regulación supone una inversión del proceso lógico de otorgamiento de la licencia, de modo que en lugar de implicar una abstracta comprobación de la compatibilidad de la edificación con el planeamiento, persigue una adaptación del planeamiento a las condiciones de la edificación».

⁴³ Los antecedentes de esta resolución se remontan a una STSJ Cantabria de 1990 que declaró la nulidad de una licencia al edificio «Las Torres» en el municipio de Escalante. El municipio tramitó una modificación puntual del planeamiento para «legalizar» la edificación, que fue anulada por STSJ Cantabria de 14 de abril de 1992 por incurrir en desviación de poder. Casi treinta años después todavía estamos a vueltas con la ejecución de la sentencia. El 1 de abril de 2015, el Ayuntamiento firmó Convenio con la Comunidad Autónoma para hacer frente al 50% de la cantidad acordada con los vecinos por el realojo en sus nuevas viviendas (un total de 3.686.790 euros, más IVA). La Comunidad Autónoma asume el otro 50%.

valoración o control alguno, como sostenía el Gobierno cántabro, sino que «el efecto suspensivo que el artículo 65 bis.1 atribuye a la autorización provisional implica que el legislador autonómico impone su propia valoración del impacto de la expectativa de cambio de ordenación urbana sobre la demolición ordenada en sentencia firme (...), perdiendo, por tanto, el órgano judicial el control de la ejecución de su resolución».

La conclusión a la que llega el TC es obvia: el art. 65.bis crea una causa de suspensión de la ejecución de las sentencias que ordenan la demolición de edificaciones ilegales, por lo que resulta de aplicación la doctrina contenida en las SSTC 92/2013; 82/2014 y 149/2014, en virtud de la cual no es compatible con la reserva estatal en materia de legislación procesal ex art. 149.1.6 CE que el legislador autonómico introduzca causas de suspensión o aplazamiento de la ejecución de las sentencias no previstas en la legislación procesal.

5. ALGUNAS MODULACIONES AL RIGOR DE LA DEMOLICIÓN

Tras los fracasos de los intentos autonómicos para modular o paliar los efectos de las eventuales demoliciones sobre terceros adquirentes de buena fe, el legislador estatal en 2015 se ha hecho eco de la recomendación del TC a la hora de ponderar todos los intereses en conflicto en los casos de ejecución de sentencias que ordenen la demolición. Ha llevado a cabo esta modulación en la norma que desarrolla su competencia en materia procesal, ex art. 149.1.6, en el orden contencioso-administrativo, introduciendo un párrafo 3 al art. 108 LJCA, y en el orden penal, modificando el apartado 3 del art. 319 del Código Penal. En ambos casos, con matices distintos, para conciliar la ejecución de la sentencia con el derecho de los terceros de buena fe a recibir las indemnizaciones debidas que le correspondan.

5.1. La reforma de la ejecución de sentencias que ordenan la demolición en el orden contencioso-administrativo⁴⁴

El art. 108 LJCA regula las medidas que puede adoptar el Juez o Tribunal si la sentencia condena a la Administración a realizar una determinada actividad o a dictar un acto en caso de incumplimiento. La disposición final 3.4 de la Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio, añadió un párrafo tercero a este precepto con el siguiente tenor:

«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.»

En el debate de la modificación de la Ley Orgánica del Poder Judicial se presentaron en el Senado las enmiendas núm. 130 y 279 (Grupos Socialista y Entesa pel Progrés de Catalunya), que fueron finalmente aprobadas modificándose el art. 108 LJCA, con la finalidad de introducir una «mejor técnica en aras de fomentar la seguridad jurídica y el tráfico jurídico para proteger el derecho de propiedad y, de forma análoga al cambio introducido en el Código Penal para proteger a terceros adquirentes de buena fe».

Resulta evidente que el legislador pretende fomentar la seguridad y el tráfico jurídico, protegiendo al tercero de buena fe, pero como señala EZQUERRA HUERVA, A.⁴⁵ con la finalidad última de «impedir la continuidad de la muy fundamentada y consolidada jurisprudencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo según la cual la presencia de terceros hipotecarios de buena fe que pudieran verse perjudicados por la demolición de un inmueble ilegal resulta un dato irrelevante a efectos de cumplimiento de la sentencia que declara la

⁴⁴ Sobre esta cuestión puede verse: "La protección de los adquirentes de buena fe frente a la ejecución de sentencias que ordenan la demolición de inmuebles", EZQUERRA HUERVA, A., en *El derecho de la ciudad y el territorio. Estudios homenaje a Manuel Ballbé Prunés*, Dir. GIFREU FONT, J., BASSOLS COMA, M., y MENÉNDEZ REXACH, A., INAP, 2016, págs. 873-888; "La ejecución de sentencias urbanísticas tras la reforma del art. 108.3 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. La protección de los derechos de terceros de buena fe". MARTÍNEZ HELLÍN, J., *El Consultor de los Ayuntamientos*, ref. 626/2016; "La ejecución de sentencias de derribo y los terceros de buena fe (a propósito del nuevo artículo 108.3 LJCA)", GONZALEZ BOTIJA, M. A./RUIZ LOPEZ, M. A., *Revista Aranzadi de Urbanismo y Edificación*, núm. 35/2015.

⁴⁵ Op. cit., pág. 876.

ilegalidad del inmueble. La realidad es que la demolición se mantiene aunque condicionada ahora, en ocasiones, a que se garantice el pago de las indemnizaciones que pudieran corresponder.

El precepto ha suscitado ya dudas de constitucionalidad, ya que introduce un supuesto de suspensión de la ejecución de sentencias supeditándola a «la prestación de garantías suficientes para responder del pago de las indemnizaciones debidas a terceros», que puede vulnerar el derecho a la tutela judicial efectiva, en su vertiente de derecho a la ejecución de las sentencias, y el art. 117.3 CE que atribuye a los Juzgados y Tribunales el ejercicio de la potestad jurisdiccional en todo tipo de procesos, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado. La redacción del precepto parece indicar que, salvo el supuesto de peligro inminente, la suspensión de la ejecución hasta que se presten garantías suficientes para responder del pago de las indemnizaciones debidas a terceros de buena fe se produce en todo caso, al utilizar unos términos tan imperativos como que «el Juez o Tribunal (las) exigirá, como condición previa a la demolición». Una interpretación tan literal sustraería cualquier competencia del Juez en orden a la ejecución, a quien se la ha venido reconociendo la competencia exclusiva para apreciar la existencia de causas de imposibilidad legal de ejecución.

La cuestión ya se ha planteado ante la jurisdicción contencioso-administrativa⁴⁶. La STJCantabria 20 de enero de 2017 (RJCA/2017/130) confirma el criterio del Juez de instancia, «por las mismas razones que a nosotros nos han llevado a no suspender la ejecución material de las demoliciones, es decir, por no ser una exigencia del precepto aplicable, que de otro modo nos llevaría a cuestionar su constitucionalidad». Reproduce su pronunciamiento adoptado en el Auto de 20 de julio de 2016, y a la vista de la doctrina constitucional le lleva a considerar que «el mandato previsto en el nuevo precepto pese a las dudas de aplicación que el mismo pueda conllevar, no impone sino la exigencia de prestación de garantías, supone la anticipación de la barrera de protección mediante una suerte de tutela cautelar de unos derechos resarcitorios cuya lesión no se ha consumado, pero en el momento actual no imposibilita la continuación de la ejecución por lo que se entiende no procede plantear en el presente momento la cuestión de inconstitucionalidad».

Se salva la constitucionalidad del precepto con una interpretación, a nuestro juicio más que forzada dado el tono imperativo del precepto –«exigirá»–, que viene a sostener que no se impone solución alguna al Juez, pudiendo éste adoptar la medida que considere procedente en orden a la ejecución, es decir, reteniendo su competencia de «ejecutar» lo juzgado. La cuestión no está definitivamente resuelta dado que contra las Sentencias TSJCantabria se han interpuesto recursos de casación, habiéndose admitido hasta la fecha dos recursos por Autos Tribunal Supremo de 27 de enero y 26 de mayo de 2017 (JUR 2017/93337 y JUR 2017/139553). El TS admite el interés casacional, planteándose –entre otras– la cuestión de dilucidar si «para que las indemnizaciones sean debidas (...) es preciso suspender la ejecución del fallo, a fin de tramitar los expedientes de responsabilidad patrimonial». El TS tendrá que abordar la interpretación del precepto y, entendemos, que de sostener que el precepto «impone» una única solución al Juez se verá obligado a plantear la cuestión de inconstitucionalidad.

La segunda cuestión, relativa a la entrada en vigor de la norma y su aplicación a los procedimientos de ejecución planteados tras las correspondientes sentencias firmes que ordenaban la demolición., ha sido resuelta por el Auto TSJCantabria de 20 de julio de 2016 afirmando que «el precepto citado que contiene una norma procesal, incluida en el capítulo IV, referido a la ejecución de sentencias, resulta aplicable a los actos procesales que se producen a partir de su entrada en vigor, con independencia de la fecha de inicio del procedimiento, en fase de ejecución».

Además de estas dos cuestiones previas, el precepto que comentamos plantea diversos interrogantes en cuanto a su interpretación:

1.º ¿A qué tipo de resoluciones judiciales es de aplicación el artículo? La redacción literal se refiere a resoluciones que «además de declarar contraria a la normativa la construcción de un inmueble, ordene motivadamente la demolición del mismo». En principio los requisitos son dos: a) que la resolución afecte a la «construcción de un inmueble», y no a cualquier tipo de actuación urbanística contraria al ordenamiento jurídico que exija medidas de restauración de la realidad física alterada; b) que ordene motivadamente la demolición. Consideramos que la interpretación razonable es que el art. 108.3 es de aplicación a todo tipo de resolución judicial que ordena la demolición, la sentencia o el auto que pone fin al incidente de ejecución, en la línea expuesta de que la demolición es consecuencia inexorable.

⁴⁶ El Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 1 de Santander, mediante Auto de 18 de abril de 2016, desestimó la suspensión de la ejecución forzosa de una sentencia de demolición. El Gobierno de Cantabria formuló apelación, entre otros motivos por vulneración del nuevo art. 108.3 LJCA, siendo desestimado por STSJCantabria de 20 de enero de 2017, reproduciendo el criterio seguido por la propia Sala (Auto 24 de octubre de 2016, entre otros).

2.º ¿Cómo se determina la cuantía de la garantía? La única previsión que se contiene es la referencia a «garantías suficientes para responder del pago de las indemnizaciones debidas». Habría dos posibilidades: a) suspender el incidente de ejecución y tramitar un procedimiento de responsabilidad patrimonial, si el obligado es la Administración, o de responsabilidad civil, si el obligado es un particular y, una vez determinada la cuantía, exigir la garantía por su importe; b) atribuir la competencia para fijar la cuantía al órgano judicial responsable de la ejecución, debiendo determinarse en este caso cuál sería el procedimiento.

No nos parece acorde con la finalidad del precepto puesto en consonancia con el derecho a la tutela judicial efectiva, en su vertiente de derecho a la ejecución de las sentencias, que un incidente de ejecución pueda demorarse prácticamente *sine die* hasta que concluya un procedimiento de determinación de la responsabilidad. Pugna, además, con lo expuesto sobre la necesidad de que el daño sea efectivo, y que esa efectividad únicamente se produce cuando se lleva a efecto la demolición. Y por último, de admitirse esta tesis, la previsión no tiene lógica, ya que si está determinada la responsabilidad y su cuantía, carece de sentido que se presten garantías, lo que debe hacerse, en ese caso, es pura y simplemente abonar la indemnización. Por tanto, nos inclinamos por la solución de que sea el órgano encargado de la ejecución quien fije la cuantía de las garantías a prestar, existiendo la duda sobre el procedimiento a seguir.

Esta es la solución que ha adoptado el TSJCantabria en su Auto de 30 de mayo de 2016, en el que, además de desestimar la pretensión de inejecución planteada por el Ayuntamiento, fija el importe de la garantía a prestar en la suma resultante de incrementar un 30% a cada una de las cuantías que figurasen como precio de adquisición de cada una de las viviendas. La solución de fijar unilateralmente y sin contradicción de parte la cuantía es más que discutible, de ahí que otro de los fundamentos en que se basa el recurso de casación interpuesto por el Ayuntamiento es que «*se habían determinado, sin contradicción ni posibilidad alguna de oposición, ni de prueba, las sumas económicas que se derivan de la ejecución, y que no habían sido objeto de debate procesal, ni en la tramitación del proceso ni en su ejecución*», considerando que debió suspenderse la ejecución del fallo «*a fin de tramitar los expedientes de responsabilidad patrimonial, determinando los beneficiarios de la indemnización y su importe, haciéndose efectivo el mismo antes de la demolición*». Como ya hemos señalado, el recurso de casación ha sido admitido a trámite por Auto Tribunal Supremo de 27 de enero de 2017 (JUR 2017/93337).

La fijación de la cuantía por el órgano responsable de la ejecución, con desestimación de la suspensión de la ejecución forzosa, también la llevó a efecto el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 1 de Santander mediante Auto de 18 de abril de 2016 (PROV 2016/155008). En este supuesto el Gobierno de Cantabria entendió que debieron seguirse los trámites del art. 109 LJCA para resolver este incidente procesal, considerando el Juzgado que las alegaciones relativas al art. 108.3 son autónomas y se pueden resolver sin necesidad de tramitar el incidente del art. 109. Interpuesto recurso de apelación, la STSJCantabria de 20 de enero de 2017 (RJCA/2017/130) lo desestima sobre la base de dos premisas: 1.ª salvo los tres supuestos previstos en el apartado 1 del art. 109, no toda cuestión que se plantee en sede de ejecución conlleva necesariamente la apertura de este incidente procesal, sino sólo cuando el juez estime que es necesario; 2.ª el criterio fundamental es que se genere o no indefensión a las partes, descartándola en el supuesto que enjuicia por las razones expuestas en su fundamento de derecho 3.º.

La conclusión a la que podemos llegar respecto de la interpretación del precepto en este particular, y a la vista de la jurisprudencia que va formándose, es que la determinación de la cuantía de la garantía a prestar puede hacerla el mismo órgano a quien corresponde la ejecución de la sentencia, sin que ello implique necesariamente la suspensión de la ejecución. Ahora bien, aunque no se requiera una instrumentación formal a través del cauce del art. 109 LJCA, la determinación de la cuantía debe respetar la contradicción de parte y no causar indefensión.

3.º ¿Quién es el obligado a prestar la garantía? Nada dice al respecto el precepto comentado, correspondiendo en consecuencia al órgano encargado de la ejecución determinar la persona responsable de prestar la garantía. En el proceso de la edificación intervienen diversas partes: la Administración (que pueden ser dos: la que aprueba el planeamiento y la que otorga el título habilitante); el promotor; el constructor; el vendedor; el adquirente inicial; y los posibles terceros adquirentes. Junto a ellos, y en el supuesto de que se entablen recursos, aparece la figura del tercero, perjudicado directamente o que actúa en interés de la legalidad al ser pública la acción. Además, cada uno puede ocupar diferente posición procesal e, incluso, no haber sido parte en el proceso (como puede suceder con terceros adquirentes).

A nuestro juicio el art. 108.3 está pensando fundamentalmente en un único obligado a prestar la garantía: la Administración, bien la que otorgó el título, la que aprobó el planeamiento o conjuntamente ambas (la

misma ubicación sistemática apunta en esta dirección, ya que el art. 108 regula los supuestos de condena a la Administración). La argumentación que nos lleva a esa conclusión es la siguiente: si hay un tercero de buena fe es porque se otorgó un título aparentemente válido y éste tercero no participó con dolo, negligencia o culpa en su obtención, de lo contrario no habría buena fe; si esto es así, y se anula el título nos hallamos ante un supuesto de responsabilidad patrimonial previsto en el art. 48,d del vigente Texto Refundido de la Ley del Suelo (la anulación del título habilitante, salvo que exista dolo, culpa o negligencia graves «imputables al perjudicado», y desde luego estas circunstancias no pueden imputarse al tercero de buena fe).

Esta interpretación debe completarse con dos apreciaciones: 1.^a que la prestación de la garantía no determina el resultado del expediente de responsabilidad patrimonial que debe tramitarse, y en el que podrán resultar responsables otros intervenientes en el proceso; 2.^a que, en cualquier caso, el Juez o tribunal encargado de la ejecución podrá apreciar, con contradicción de parte, la existencia de otros obligados a prestar la garantía al no establecer limitación alguna el art. 108.3.

4.^º ¿Quiénes son terceros de buena fe? Nuevamente el precepto comentado deja la cuestión sin resolver, remitiéndola al órgano encargado de la ejecución.

La exigencia de buena fe del tercero conecta directamente con la existencia de un título habilitante para la edificación. Aunque el art. 108.3 se refiera a «declarar contraria a la normativa la construcción de un inmueble», difícilmente podríamos encontrar buena fe en quien construye sin licencia o quien adquiere sin verificar mínimamente las condiciones urbanísticas de la edificación sin licencia.

Una interpretación restrictiva nos llevaría a considerar tercero de buena fe exclusivamente al amparado por el art. 34 de la Ley Hipotecaria. En cambio, una interpretación más amplia ampararía, además de al tercero hipotecario, al tercero diligente y bienintencionado. En todo caso, corresponderá determinarlo al órgano encargado de la ejecución, al no haber precisado o distinguido el legislador. Los que sí quedarían excluidos son los que MARTÍNEZ HELLÍN, J. denomina terceros de «mala fe»⁴⁷, que han aparecido bajo prácticas picarescas. Conociendo las dificultades para proceder a la demolición en nuestro país, adquieren viviendas con sentencias de derribo a un precio muy inferior, en la creencia que estas sentencias nunca serán demolidas.

5.2. Modificaciones en el orden penal

En la tramitación de la reforma del Código Penal se presentó una enmienda en el Senado por parte del Grupo Parlamentario Entesa pel Progrés de Catalunya (GPEPC), de modificación del art. 319 dando respuesta a la petición de adquirentes de viviendas de buena fe que habían resultado afectados por una orden de demolición.

La aceptación de la enmienda dio lugar a la modificación del apartado 3 del art. 319 de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, por el art. único.171 de la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, quedando con la siguiente redacción:

«En cualquier caso, los jueces o tribunales, motivadamente, podrán ordenar, a cargo del autor del hecho, la demolición de la obra y la reposición a su estado originario de la realidad física alterada, sin perjuicio de las indemnizaciones debidas a terceros de buena fe, y valorando las circunstancias, y oída la Administración competente, condicionarán temporalmente la demolición a la constitución de garantías que aseguren el pago de aquéllas. En todo caso se dispondrá el decomiso de las ganancias provenientes del delito cualesquiera que sean las transformaciones que hubieren podido experimentar.»

Con una mejor técnica que la reforma del orden contencioso, en este caso se atribuyen facultades al Juez encargado de la ejecución para que realice un juicio de ponderación, «valorando las circunstancias»⁴⁸, sobre la necesidad de una demolición inmediata o condicionarla temporalmente a la constitución de garan-

⁴⁷ Con cita de GEIS CARRERAS, G., *La ejecución de las sentencias urbanísticas*, Ed. Atelier, 2013, págs. 267-268.

⁴⁸ Antes de la modificación del art. 319.3 y para decidir sobre la demolición la STS 24 de noviembre de 2014 (Sala de lo Penal –RJ 2014/6004– indicaba como circunstancias que en la práctica debían ser tenidas en cuenta «*la gravedad del hecho y la naturaleza de la construcción; la proporcionalidad de la medida en relación con el perjuicio que causaría al infractor en caso de implicarse sólo intereses económicos, o verse también afectados derechos fundamentales como el uso de la vivienda propia; y atendiendo asimismo a la naturaleza de los terrenos en que se lleva a cabo la construcción, tomando en distinta consideración los que sean de especial protección, los destinados a usos agrícolas, etc...»*

tías que aseguren el pago de las indemnizaciones debidas. Ningún reproche de constitucionalidad puede formularse al retener el Juez todas las facultades de ejecución de la sentencia, a diferencia del art. 108.3 LJCA.

En la jurisdicción penal la medida de demolición venía teniendo un carácter excepcional. Tendencia que fue alterada por la STS de 21 de junio de 2012 (RJ 2012/6963) que establece, salvo en ciertas excepciones, la regla general de la demolición: «*deberá acordarse cuando conste patentemente que la construcción la obra está completamente fuera de la ordenación y no sean legalizables o subsanables o en aquellos supuestos en que haya existido una voluntad rebelde del sujeto activo del delito a las órdenes o requerimientos de la Administración y en todo caso, cuando al delito contra la ordenación del territorio se añada un delito de desobediencia a la autoridad administrativa o judicial.*» Como excepciones a esta regla general se establecen las pequeñas extralimitaciones de autorizaciones administrativas y cuando el instrumento de planeamiento se haya aprobado haciendo la edificación ajustada a la norma., sin que en esta sede se aborde la problemática de las modificaciones directamente dirigidas a evitar la ejecución de la sentencia⁴⁹.

Probablemente para matizar esta nueva tendencia de la jurisdicción penal más exigente con la demolición se ha introducido esta modificación en el Código Penal, aunque los propios Juzgados de lo Penal vienen atemperando el rigor de la demolición. En general, matizan la obligación de demolición siempre que exista cualquier posibilidad de legalización, como puede ser la figura de «asimilado al régimen de fuera de ordenación» (AFO) que contempla la normativa andaluza⁵⁰ (Sentencia 204/15, de 4 de septiembre, del Juzgado de lo Penal núm. 14 de Sevilla, o la Sentencia 57/16 (bis) del Juzgado de lo Penal núm. 5 de Sevilla). También se han aplicado modulaciones en los supuestos de familia de precarios recursos económicos que reside en suelo no urbanizable, como la Sentencia del Juzgado de lo Penal núm. 4 de Sevilla, de 9 de febrero de 2017, que acuerda no proceder a la demolición de la edificación por resultar desproporcionada, ya que la familia compuesta de matrimonio y dos hijos menores que podrían quedar en situación de desamparo⁵¹.

6. RECAPITULACION Y CONCLUSIONES

El fenómeno especulativo y la construcción desordenada de viviendas en España han causado una consecuencia negativa para algunos compradores de buena fe, muchos extranjeros, que se han visto sorprendidos con sentencias que ordenan la demolición de sus viviendas, como consecuencia de la anulación del título que las legitimaba.

La ejecución judicial de las sentencias, su intangibilidad, inmodificabilidad o invariabilidad, es una de exigencia de la seguridad jurídica y una manifestación del derecho a la tutela judicial efectiva. Pero, también, la protección del tercero de buena fe afectado por la sentencia es tenida en cuenta por nuestro ordenamiento jurídico a través de la institución de la responsabilidad patrimonial de la Administración, articulando la legislación urbanística un supuesto indemnizatorio como consecuencia de los daños efectivos provocados por la anulación de un título, cuando se ha actuado sin culpa, dolo o negligencia graves.

La cuestión consiste en acompañar ambas exigencias, de modo que quien sufre las consecuencias de la demolición de una vivienda que creyó adquirir conforme a la legalidad, pueda ver paliado el daño, al menos económico, percibiendo una justa indemnización.

En este contexto se han producido algunas iniciativas por parte de Comunidades Autónomas especialmente afectadas por el problema (Cantabria y Galicia), por la vía de articular mecanismos que, de uno u otro modo, demoran la ejecución de la sentencia hasta la materialización de la indemnización. El Tribunal Constitucional ha reaccionado tachando de inconstitucionales ambas iniciativas (SSTC 92/2013 y 82/2014), en la medida que pretendían introducir una causa de suspensión de la ejecución de las sentencias que excede de la competencia autonómica en materia de legislación procesal ex art. 140.1.6 CE, destacando que las facultades del Juez a la hora de proceder a la ejecución no pueden ser sustraídas sin que ello suponga una vulneración del art. 117.3 CE.

⁴⁹ Sí se exige que exista una probabilidad cierta de modificación, de modo que la STS 22 de mayo de 2013 (Sala de lo Penal) –RJ 2013/3990– entiende que la excepción a la regla general de demolición no puede extenderse a «*tan futuras como inciertas modificaciones que ni siquiera dependerán en exclusiva de autoridad municipal*».

⁵⁰ Decreto 2/2012, de 10 de enero, por el que se regula el régimen de las edificaciones y asentamientos existentes en suelo no urbanizable en la Comunidad Autónoma de Andalucía.

⁵¹ Comentada por MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, J. A., en la Revista LA TOGA del Colegio de Abogados de Sevilla, núm. 194, enero-junio 2017, pág. 61.

Finalmente el Estado ha reaccionado con dos medidas legislativas tendentes a hacer conciliar todos los derechos e intereses presentes en este conflicto. Se introduce una habilitación, no exenta de problemas, a los jueces y tribunales para que, valorando las circunstancias, puedan condicionar temporalmente la demolición a la constitución de garantías que aseguren el pago de las indemnizaciones debidas a los terceros de buena fe (con mejor regulación en el orden penal que en el contencioso-administrativo, cuya aplicación ya está pendiente de recursos de casación.)

En definitiva, la cuestión sigue abierta y la conclusión a la que debemos llegar, además de no volver a incurrir en la «locura inmobiliaria» del pasado, es a la necesidad de reforzar los mecanismos de publicidad de los recursos y acciones que se entablan en materia urbanística, para reducir sensiblemente la existencia de posibles terceros de buena fe. Ello sin olvidar la necesidad de introducir mecanismos más eficaces de ejecución de estas sentencias, que se demoran eternamente, para garantizar la protección de otros valores constitucionalmente protegidos, y como medida que aborte definitivamente la «picaresca» que se produce en el tráfico inmobiliario desde el convencimiento generalizado de que las sentencias de demolición «nunca se ejecutan».