

La ejecución de sentencias de derribos de obras ilegales y los derechos de terceros adquirentes de bienes inmuebles de buena fe –art. 103 y ss. LJCA–

MANUEL TÁBOAS BENTANACHS

*Magistrado-Presidente de la Sección 3.^a
de la Sala de lo Contencioso-Administrativo
del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña*

1. **Introducción**
2. **La perspectiva constitucional. La Tutela Judicial Efectiva en la vertiente de la debida ejecución de sentencias firmes**
3. **La perspectiva constitucional y procesal. La cosa juzgada material y la invariabilidad del contenido de las sentencias firmes**
4. **La ejecución de sentencias firmes de derribo, la responsabilidad patrimonial y las garantías de los daños y perjuicios en ejecución de sentencias firmes de derribo**
5. **Los pronunciamientos judiciales contencioso-administrativos del derribo**
6. **El ámbito de la debida ejecución del derribo y las pretensiones de la legalización futurible**
7. **Los incidentes de ejecución de Sentencia y la no pacífica ejecución de la Sentencia firme de derribo**
8. **Consideraciones previas al incidente del artículo 108.3 LJCA**
 - 8.1. El Código Penal
 - 8.2. La doctrina jurisprudencial contencioso-administrativa en relación con el artículo 34 de la Ley Hipotecaria
 - 8.3. Las iniciativas de las comunidades autónomas para terceros de buena fe

- 9. El reflejo de la doctrina del Tribunal Constitucional en el Tribunal Supremo**
- 10. La aplicación temporal del artículo 108.3 LJCA**
- 11. La doctrina general del Tribunal Supremo sobre el artículo 108.3 LJCA. Naturaleza cautelar. No es suspensión ni inejecución de sentencia**
- 12. Elementos subjetivos del artículo 108.3 LJCA**
- 13. Elementos objetivos: Indemnizaciones debidas**

1 Introducción

El presente trabajo trata de exponer los elementos fundamentales de la problemática que se centra en los derribos de obras ilegales en sede contencioso-administrativa, a la luz de los pronunciamientos jurisdiccionales al más alto nivel y más cercanos y novedosos que se han ido dando en los últimos tiempos.

Esa materia está plagada de un buen número de pronunciamientos jurisdiccionales del Tribunal Constitucional, salas 1.^a y 2.^a, y del Tribunal Supremo, Sala 3.^a, Sección 5.^a, que han ido tratando de despejar dudas de constitucionalidad y de interpretación legal para incidentes de ejecución de sentencia, y en especial para los dictados del artículo 108.3 LJCA.

No se ha tratado de efectuar un análisis exhaustivo de todos y cada uno de los incidentes de ejecución de sentencia que arrojan esa temática, sino más simplemente de resaltar los posicionamientos más novedosos que en esa temática se han ido dando.

En todo caso interesa advertir que lejos de un planteamiento generalista válido para todos los casos no debe pasarse por alto que se trata de una materia muy casuística que exige estar a las concretas características que concurren en el supuesto concreto que se contemple, y que van a ser decisivas y determinantes para atender debidamente al mismo. Efectivamente no es lo mismo operar ante derribos en edificios de gran número de plantas, en pluralidad de locales o viviendas pareadas, incidiendo en unos parámetros urbanísticos o en otros, o versando sobre derribos parciales o integrales, entre otros supuestos.

Solo indicar que la doctrina establecida, como se irá viendo, va descartando tesis cuya relevancia se rechaza.

2

La perspectiva constitucional. La Tutela Judicial Efectiva en la vertiente de la debida ejecución de sentencias firmes

Cuando nos hallamos ante pronunciamientos jurisdiccionales firmes, en este caso, contencioso-administrativos, en que se estima la demolición de bienes inmuebles, ninguna duda debe recaer en orden a que la perspectiva idónea debe ser la del derecho constitucional a la Tutela Judicial Efectiva del artículo 24 de nuestra Constitución, en la vertiente de la debida ejecución de sentencias firmes.

A ese respecto es concluyente la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo que, en lo que ahora interesa, se muestra en la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 3.^a, Sección 5.^a, de 21 de septiembre de 2017 (ponente: Tolosa Tribiño, César), del siguiente modo:

Pues bien, como punto de partida comenzaremos recordando algo que ya hemos destacado en repetidas ocasiones –sirvan de muestra las sentencias de 10 de marzo de 2008 (casación 6558/05) y 23 de junio de 2008 (casación 3975/06) y 9 de febrero de 2009 (casación 1622 / 2005)–, esto es, el obligado respeto a las resoluciones judiciales, que incumbe a todos y muy especialmente a los poderes públicos (artículo 118 de la Constitución, y artículo 17, apartados 1 y 2, de la Ley Orgánica del Poder Judicial), así como el derecho del litigante que obtuvo una sentencia favorable a que lo resuelto en ella se cumpla, por ser este derecho a la ejecución parte integrante y esencial del derecho a la tutela judicial efectiva reconocido en el artículo 24.1 de la Constitución. Y son precisamente esas consideraciones las que llevan a la sentencia de 17 de noviembre de 2008 (casación 4285/05) a señalar que “... todos los argumentos y datos que se aduzcan para sustentar en ellos una posible declaración de imposibilidad de ejecutar la sentencia han de ser interpretados y valorados a la luz de aquellos postulados, lo que inevitablemente conduce a una concepción restrictiva de los supuestos de imposibilidad” ... Trasladando al caso que ahora nos ocupa esos parámetros de enjuiciamiento, fácilmente se constata que los autos recurridos se ajustan plenamente a la jurisprudencia que acabamos de reseñar.

...

Para resolver esta cuestión, empezaremos recordando que, el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva del art. 24 CE no solo alcanza a la fase declarativa sino que comprende también el derecho a obtener la ejecución de lo resuelto en resolución firme, evitando así que se convierta en meras declaraciones sin valor efectivo algo. En efecto, el con-

tenido del derecho a la tutela judicial efectiva reconocido en el art. 24 de la Constitución, incluye el derecho a la ejecución de sentencias en sus propios términos. En efecto, como señala la Sentencia constitucional 58/1983, de 29 junio y, en la misma línea, la 109/1984, de 26 noviembre: “Sin entrar a examinar en estos momentos otros aspectos del complejo derecho que regula el artículo 24 de la Constitución y limitándonos a la repercusión que tal derecho tiene en el trámite de ejecución de sentencia, debemos señalar que el derecho del artículo 24 se concreta en que el fallo judicial pronunciado se cumpla, de manera que el ciudadano, que ha obtenido la Sentencia, vea satisfecho su derecho y, por consiguiente, en su vertiente negativa es el derecho a que las Sentencias y decisiones judiciales no se conviertan en meras declaraciones sin efectividad, naturalmente, dejando a salvo el caso de las Sentencias meramente declarativas”.

Es por ello que, como contenido propio de este derecho fundamental, deba reconocerse el derecho a que las sentencias se ejecuten en sus propios términos entendiéndose que tal ejecución se alcanza con la realización exacta y puntual del contenido del fallo. Así, resulta de lo establecido en los arts. 103.2 (forma y términos que la sentencia consigne), 104.1 (puro y debido efecto y practique lo que exija el cumplimiento de las declaraciones del fallo), 105.1, 109.1 (total ejecución de la sentencia) LJCA, y por ello en relación al principio general contenido en el art. 570 LEC conforme al cual la ejecución forzosa terminará con la completa satisfacción del acreedor.

La conexión entre el derecho a la ejecución de sentencia y el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva se convierte así en el punto de partida necesario a la hora de afrontar la interpretación y el alcance de esta nueva previsión normativa.

Igualmente en las sentencias del Tribunal Supremo, Sala 3.^a, Sección 5.^a de 21 de marzo de 2018 (ponente: Herrero Pina, Octavio Juan), de 21 de marzo de 2018 (ponente: Fernández Valverde, Rafael), y de 7 de octubre de 2019 (ponente: Herrero Pina, Octavio Juan), de la siguiente manera:

La ejecución de las sentencias, como señala la exposición de motivos de la Ley procesal, por referencia a la jurisprudencia, entronca directamente con el derecho a la tutela judicial efectiva, en cuanto el derecho no se satisface mediante una justicia meramente teórica, sino que conlleva el derecho a la ejecución puntual de lo fallado en sus propios términos. En tal sentido el Tribunal Constitucional ha venido señalando (STC 119/1994) que “el derecho a la ejecución de las sentencias ‘en sus propios términos’ forma parte del derecho fundamental a la tutela judicial

efectiva (SSTC 148/1989, 152/1990). Es decir, que se trata de un derecho fundamental al cumplimiento de los mandatos que la Sentencia contiene, la realización de los derechos reconocidos en la misma o a la imposición incluso forzosa del cumplimiento de las obligaciones en las que condena... el obligado cumplimiento de lo acordado por los jueces y tribunales en el ejercicio de la potestad jurisdiccional se configura como un derecho de carácter subjetivo incorporado al contenido del art. 24.1 C.E. y que los propios tribunales no pueden apartarse sin causa justificada de lo previsto en el fallo de la Sentencia que debe ejecutarse (entre otras, SSTC 32/1982, fundamento jurídico 2.º; 15/1986, fundamento jurídico 3.º; 118/1986, fundamento jurídico 4.º; 148/1989, fundamento jurídico 2.º; 16/1991, fundamento jurídico 1.º)... si bien debe tenerse en cuenta que, en todo caso, con ocasión de los incidentes de ejecución no es posible resolver cuestiones que no hayan sido abordadas ni decididas en el fallo o con las que este no guarde una inmediata o directa relación de causalidad, pues, de otro modo, no solo se vulnerarían las normas legales que regulan la ejecución sino que podría resultar menoscabado, asimismo, el derecho a la tutela judicial efectiva de las otras partes procesales o de terceros (SSTC 125/1987, fundamentos jurídicos 4.º y 5.º; 167/1987, fundamento jurídico 2.º; 215/1988, fundamento jurídico 3.º; 148/1989, fundamento jurídico 4.º)... El derecho a que la Sentencia se ejecute en sus propios términos tiene un carácter objetivo en cuanto se refiere precisamente al cumplimiento del fallo sin alteración y no permite por tanto suprimir, modificar o agregar a su contenido excepciones o cargas que no puedan reputarse comprendidas en él. En consecuencia, la ejecución ha de consistir precisamente en lo establecido y previsto en el fallo y constituye junto al derecho del favorecido a exigir su cumplimiento total e inalterado el del condenado a que no se desvirtúe, se amplíe o se sustituya por otro. Cualquier alteración debe obedecer a causa prevista en la Ley, como lo es la imposibilidad legal o material de ejecución”.

Se desprende de ello, por lo que aquí interesa, que el procedimiento o fase de ejecución de la sentencia se proyecta sobre lo efectivamente juzgado, con la finalidad de llevar a cumplido efecto el derecho declarado en la sentencia con las garantías propias del proceso en su fase declarativa, a cuyo efecto el órgano jurisdiccional competente ha de adoptar las medidas o resoluciones que resulten necesarias para la efectividad del derecho declarado, que es lo que constituye el marco o ámbito propio del procedimiento de ejecución. En consecuencia, el contenido de las sentencias cuya ejecución se realiza debe extraerse de

los términos en que se expresa el fallo de la misma (esto es, la forma y los términos de su parte dispositiva), para alcanzar así una determinada finalidad, que no es otra que conseguir el efecto pretendido en la declaración jurisdiccional; para ello se articulan en la LRJCA un amplio capítulo de medidas con la expresada finalidad, disponiendo en tal sentido la Ley que tales amplias medidas vienen determinadas por “lo que exijan el cumplimiento de las declaraciones contenidas en el fallo” (artículo 104.1 de la LRJCA).

También en las sentencias del Tribunal Supremo, Sala 3.^a, Sección 5.^a de 1 de junio de 2018 (ponente: Suay Rincón, José Juan), de 28 de junio de 2018 (ponente: Fernández Valverde, Rafael), de 11 de julio de 2018 (ponente: Fernández Valverde, Rafael), en los siguientes términos:

A) Por de pronto, nuestra Sentencia 1409/2017, de 21 de noviembre (RC 477/2016), vino a pronunciarse, ante todo, sobre la primera, y seguramente la más destacada, de las incertidumbres que rodean al precepto que nos ocupa (artículo 108.3 LJCA), a saber, si dicho precepto constituye o no un supuesto de inejecución de sentencia (artículo 105.2 LJCA). Recordamos lo más relevante de lo que afirmamos entonces sobre este particular:

SÉPTIMO: Planteados así los términos de la controversia, esta Sala va a proceder a resolver dentro de los estrictos términos en los que el debate en la instancia ha sido planteado, esto es, vamos a pronunciarnos acerca de si el nuevo artículo 108.3 supone o integra un supuesto de inejecución de sentencia como defiende la parte recurrente o, por el contrario, no puede alegarse su aplicación para solicitar la suspensión o inejecución de la sentencia como sostiene la resolución impugnada, sin que, por tanto, debamos ahora pronunciarnos sobre los numerosos y complejos problemas aplicativos derivados de esta nueva regulación legal, dado que exceden del pronunciamiento que aquí se nos exige y que, por otra parte, está pendiente de un ulterior pronunciamiento por esta Sala, en recursos admitidos bajo la vigencia de la nueva técnica casacional.

OCTAVO: Para resolver esta cuestión, empezaremos recordando que, el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva del art. 24 CE no solo alcanza a la fase declarativa sino que comprende también el derecho a obtener la ejecución de lo resuelto en resolución firme, evitando así que se convierta en meras declaraciones sin valor efectivo algo. En efecto, el contenido del derecho a la tutela judicial efectiva reconocido en el art. 24 de la Constitución, incluye el derecho a la ejecución de sentencias en sus propios términos. En efecto, como señala la Sentencia constitucional 58/1983, de 29 junio y, en la misma línea, la 109/1984, de

26 noviembre: “Sin entrar a examinar en estos momentos otros aspectos del complejo derecho que regula el artículo 24 de la Constitución y limitándonos a la repercusión que tal derecho tiene en el trámite de ejecución de sentencia, debemos señalar que el derecho del artículo 24 se concreta en que el fallo judicial pronunciado se cumpla, de manera que el ciudadano, que ha obtenido la Sentencia, vea satisfecho su derecho y, por consiguiente, en su vertiente negativa es el derecho a que las Sentencias y decisiones judiciales no se conviertan en meras declaraciones sin efectividad, naturalmente, dejando a salvo el caso de las Sentencias meramente declarativas”.

Es por ello que, como contenido propio de este derecho fundamental, deba reconocerse el derecho a que las sentencias se ejecuten en sus propios términos entendiéndose que tal ejecución se alcanza con la realización exacta y puntual del contenido del fallo. Así, resulta de lo establecido en los arts. 103.2 (forma y términos que la sentencia consigne), 104.1 (puro y debido efecto y practique lo que exija el cumplimiento de las declaraciones del fallo), 105.1, 109.1 (total ejecución de la sentencia) LJCA, y por ello en relación al principio general contenido en el art. 570 LEC conforme al cual la ejecución forzosa terminará con la completa satisfacción del acreedor.

La conexión entre el derecho a la ejecución de sentencia y el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva se convierte así en el punto de partida necesario a la hora de afrontar la interpretación y el alcance de esta nueva previsión normativa.

Y en la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 3.ª, Sección 5.ª, de 23 de octubre de 2019 (ponente: Fernández Valverde, Rafael), al establecer lo siguiente:

Como quiera que lo que parece plantear la recurrente es un pronunciamiento acerca de la competencia en relación con los particulares relativos a la ejecución de las sentencias que en la pregunta se mencionan (identificación y emplazamiento de los terceros de buena fe con la finalidad de aplicar el artículo 108.3 de la LRJCA), debemos comenzar recordando que a diferencia del sistema tradicional, que se contenía en el artículo 103 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa de 27 de diciembre de 1956, conforme al cual “la ejecución de las sentencias corresponderá al órgano que hubiere dictado el acto o la disposición objeto del recurso”, la vigente LRJCA, dando un giro trascendental, proclama, en el artículo 103.1 que “la potestad de hacer ejecutar las sentencias y demás resoluciones judiciales corresponde exclusivamente a los Juzgados y Tribunales de este orden jurisdiccional”.

La misma LRJCA aclara y determina, a continuación, en el inciso final del mismo artículo 103.1, cual es el órgano jurisdiccional competente dentro del expresado orden jurisdiccional contencioso administrativo para llevar a cabo dicha ejecución jurisdiccional; y así, dispone que el “ejercicio” concreto de la potestad de hacer ejecutar las sentencias y demás resoluciones judiciales “compete al –órgano judicial– que haya conocido del asunto en primera o única instancia”.

Tal planteamiento constituye una clara consecuencia del mandato, más genérico, pero de superior rango, contenido en el artículo 117.3 de la Constitución de 1978 (CE), que señala que “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”; mandato que se reproduce en el artículo 2.1 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1º de julio, del Poder Judicial (LOPJ). La propia Exposición de Motivos de la LRJCA señala que el nuevo texto legal “ha realizado un importante esfuerzo para incrementar las garantías de ejecución de las sentencias, desde siempre una de las zonas grises de nuestro sistema contencioso administrativo”. Y en tal sentido añade que “el punto de partida reside en la imperiosa obligación de cumplir las resoluciones judiciales y colaborar en la ejecución de lo resuelto, que la Constitución prescribe”, lo cual, a su vez, entronca “directamente con el derecho a la tutela judicial efectiva, ya que, como viene señalando la jurisprudencia, ese derecho no se satisface mediante una justicia meramente teórica, sino que conlleva el derecho a la ejecución puntual de lo fallado en sus propios términos”, por cuanto “la negativa, expresa o implícita, a cumplir una resolución judicial constituye un atentado a la Constitución frente al que no caben excusas”.

Fue la propia Constitución de 1978 la que dispuso, en el artículo 118, que “es obligado cumplir las sentencias y demás resoluciones firmes de los Jueces y Tribunales”; mandato que es desarrollado en términos subjetivos de gran amplitud en el artículo 17.2 de la citada LOPJ al señalar 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”.

Pero, es más, el mandato constitucional contenido en el artículo 118 de la Constitución de 1978, no se detiene en lo anterior, por cuanto igualmente impone la obligación de “prestar la colaboración requerida –por

los Jueces y Tribunales– en el curso del proceso y en ejecución de lo resuelto” –que luego reiterara el artículo 17.1 de la LOPJ–, y que aparece, igualmente, recogido en el artículo 103.3 de la vigente LRJCA, al señalarse que “todas las personas y entidades públicas y privadas están obligadas a prestar la colaboración requerida por los Jueces y Tribunales Contencioso-administrativos para la debida y completa ejecución de lo resuelto”.

La Exposición de Motivos del nuevo texto legal, de forma explícita, se refiere a tal deber o principio, recordando “la imperiosa obligación de cumplir las resoluciones judiciales y colaborar en la ejecución de lo resuelto, que la Constitución prescribe, y... entronca directamente con el derecho a la tutela judicial efectiva...”, como enseguida podremos examinar.

En desarrollo de tal principio debe destacarse, en este momento, como el artículo 108.1.a) de la LRJCA contempla la triple posibilidad con que cuenta el órgano jurisdiccional encargado de la ejecución de la sentencia para proceder a la materialización de la misma en los supuestos –sin duda más significativos– en los que el mandato contenido en la misma la sentencia consistiere en la condena a la Administración a realizar una determinada actividad o a dictar un acto. En dicho precepto se señala que el Juez o Tribunal puede, en primer lugar, (1) recurrir para la ejecución de la a sus propios medios judiciales, pero, dejando abierta la posibilidad (2) de proceder al requerimiento de la colaboración de las autoridades y agentes de la propia Administración condenada o, incluso, en su defecto, (3) de proceder al requerimiento de colaboración de otras Administraciones Públicas, si bien con la observancia de los procedimientos establecidos al efecto. Pues bien, puesto que el precepto permite, en segundo lugar, el requerimiento no solo a las autoridades sino, incluso, a los “agentes de la Administración condenada”, no tendría obstáculo legal alguno para que el órgano jurisdiccional encargado y competente para la ejecución de la sentencia la encomienda de la materialización de la misma –cual comisario de la ejecución– a algún agente o funcionario de la Administración condenada, como pudiera ser cualquiera de los altos funcionarios de la misma que actuaría con la concreta habilitación jurisdiccional y sin necesidad de decisión o acuerdo alguno de los órganos de gobierno municipales o autonómicos.

No cabe duda de que, en el supuesto de autos, el órgano jurisdiccional encargado y competente para la ejecución de la sentencia, ha encomendado al Concello de Cangas do Morrazo la función o tarea de proceder a la identificación de los posibles terceros de buena fe que pudieran

verse afectados por la demolición que el propio Concello está obligado a realizar. No se puede olvidar que la finalidad para la que se comunica la sentencia firme al órgano administrativo autor de la actividad que hubiera sido el objeto del recurso (artículo 104.1 de la LRJCA) es que “la lleve a puro y debido efecto y practique lo que exija el cumplimiento de las declaraciones contenidas en el fallo”. La jurisprudencia sobre este particular es bien reiterada, conocida y consolidada; por todas citamos, como ya hemos hechos en otras de las anteriores citadas sentencias, las clásicas SSTC 58/1983, de 29 junio y 109/1984, de 26 noviembre:

“Sin entrar a examinar en estos momentos otros aspectos del complejo derecho que regula el artículo 24 de la Constitución y limitándonos a la repercusión que tal derecho tiene en el trámite de ejecución de sentencia, debemos señalar que el derecho del artículo 24 se concreta en que el fallo judicial pronunciado se cumpla, de manera que el ciudadano, que ha obtenido la Sentencia, vea satisfecho su derecho y, por consiguiente, en su vertiente negativa es el derecho a que las Sentencias y decisiones judiciales no se conviertan en meras declaraciones sin efectividad, naturalmente, dejando a salvo el caso de las Sentencias meramente declarativas”.

Es por ello que, como contenido propio de este derecho fundamental, deba reconocerse el derecho a que las sentencias se ejecuten en sus propios términos entendiéndose que tal ejecución se alcanza con la realización exacta y puntual del contenido del fallo. Así, resulta de lo establecido en los arts. 103.2 (forma y términos que la sentencia consigne), 104.1 (puro y debido efecto y practique lo que exija el cumplimiento de las declaraciones del fallo), 105.1, 109.1 (total ejecución de la sentencia) LJCA, y por ello en relación al principio general contenido en el art. 570 LEC conforme al cual la ejecución forzosa terminará con la completa satisfacción del acreedor.

La conexión entre el derecho a la ejecución de sentencia y el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva se convierte así en el punto de partida necesario a la hora de afrontar la interpretación y el alcance de esta nueva previsión normativa.

3

La perspectiva constitucional y procesal. La cosa juzgada material y la invariabilidad del contenido de las sentencias firmes

Igualmente por imperativo constitucional, es trascendente observar que inexcusablemente procede estar a los principios de invariabilidad, intangibilidad

e inmodificabilidad de lo juzgado, como sientan las sentencias del Tribunal Supremo, Sala 3.ª, Sección 5.ª, de 21 de septiembre de 2017 (ponente: Tolosa Tribiño, César), de 1 de junio de 2018 (ponente: Suay Rincón, José Juan), de 28 de junio de 2018 (ponente: Fernández Valverde, Rafael), y de 11 de julio de 2018 (ponente: Fernández Valverde, Rafael), en cuanto se argumentó lo siguiente:

QUINTO.— Según ha declarado el Tribunal Constitucional (STC núm. 99/1995, de 20 de junio), “en relación con las causas legalmente previstas para que se pueda admitir un recurso de casación contra Autos recaídos en ejecución de sentencia, la única finalidad que persiguen este tipo de recursos radica, estrictamente, en el aseguramiento de la inmutabilidad del contenido de la parte dispositiva del título objeto de ejecución, evitando, de este modo, que una inadecuada actividad jurisdiccional ejecutiva pueda adicionar, contradecir o desconocer aquello que, con carácter firme, haya sido decidido con fuerza de cosa juzgada en el previo proceso de declaración. Se trata, por tanto, de medios de impugnación dirigidos exclusivamente a evidenciar las posibles irregularidades que hubieran podido cometerse en la actuación judicial por la que se dota de efectividad al título sometido a ejecución y, como tales, sujetos a motivos predeterminados de fundamentación que se diferencian claramente de aquellos otros que, con carácter general, fundamentan los recursos de suplicación o casación cuando los mismos persiguen una finalidad distinta a la de la simple garantía de la integridad de la efectividad del título de ejecución”.

Por su parte, nuestra sentencia de 10 de julio 2014, ha señalado que “Antes de iniciar propiamente el estudio de los motivos concretos de casación relacionados con estas dos cuestiones, se hace preciso reparar también en la específica regulación de la casación de los autos recaídos en incidentes de ejecución de sentencias, a fin de deducir de ello las consecuencias procedentes. No todos los autos recaídos en incidentes de ejecución de sentencias, en efecto, son recurribles en casación, ni tampoco tienen acceso a ella cualesquiera de los motivos enunciados al amparo de las distintas letras del artículo 88.1 de la Ley jurisdiccional. Se trata de un recurso de casación realmente ‘sui generis’, porque, de acuerdo con el artículo 87.1 c), que es el precepto que se refiere específicamente al supuesto que nos ocupa, solo cabe la casación si tales autos entran en contradicción con el contenido del fallo de la sentencia o se exceden de sus términos, o porque resuelven directa o indirectamente cuestiones no decididas por ella (Sentencia de 13 de diciembre de 2006 –RC 8935/2003– y de 19 de noviembre de 2008 –RC 2760/2005). Así,

pues, no procede en estos casos el enjuiciamiento de la actuación de la Sala de instancia, con carácter general, por los errores ‘in procedendo’ o ‘in iudicando’ en que aquella hubiera podido incurrir, como sucede en la generalidad de los recursos de casación, sino solo en la medida en que los autos recaídos en ejecución se aparten o estén en contradicción con el contenido del fallo de la sentencia. Por decirlo de otra forma, en supuestos como el que estamos examinando, no cabe con carácter general aducir un defecto en la motivación de la sentencia o una falta de congruencia, al amparo del artículo 88.1 c) de la Ley jurisdiccional, para fundar un recurso de casación únicamente por la expresada circunstancia; como tampoco cabría impetrar solo una arbitraria e irracional valoración de la prueba o una vulneración de un determinado precepto legal (por ejemplo, el artículo 140 LRJAP –PAC) y acudir a la vía del artículo 88.1 d) de la Ley jurisdiccional, con el mismo propósito”.

...

Debemos empezar por recordar la contundente doctrina constitucional en materia de inejecución de sentencia, habiendo afirmado en sentencia de 15 de Abril de 2009:

“i) que el derecho a la ejecución de sentencias y demás resoluciones judiciales firmes constituye una manifestación del derecho a la tutela judicial efectiva, en tanto que garantía del cumplimiento de los mandatos que estas resoluciones judiciales contienen, lo que determina que este derecho tenga como presupuesto lógico y aun constitucional la intangibilidad de las resoluciones judiciales firmes y de las situaciones jurídicas por ellas declaradas; ii) que el derecho a que la ejecución de lo juzgado se lleve a cabo en sus propios términos, es decir, con sujeción al principio de inmodificabilidad de lo juzgado, se traduce, así, en un derecho que actúa como límite y fundamento que impide que los Jueces y Tribunales puedan revisar las sentencias y demás resoluciones al margen de los supuestos taxativamente previstos en la ley; iii) que, desde la perspectiva del art. 24.1 CE, no puede aceptarse que sin haberse alterado los términos en los que la disputa procesal fue planteada y resuelta ante la Sala sentenciadora, se pretenda privar de efectos, en un momento posterior, al pronunciamiento judicial entonces emitido, resultando solo posible cuando concurran elementos que impidan física o jurídicamente su ejecución o que la dificulten por concurrir circunstancias sobrevenidas impeditivas, recordando que el legislador ha previsto mecanismos para atender a los supuestos de imposibilidad legal o material de cumplimiento de las sentencias en sus propios términos, como el del art. 105.2 Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (LJCA);

iv) que uno de los supuestos en los que la ejecución de las sentencias en sus propios términos puede resultar imposible es, precisamente, la modificación sobrevenida de la normativa aplicable a la ejecución de que se trate o, si se quiere, una alteración de los términos en los que la disputa procesal fue planteada y resuelta, ya que, como regla general, una vez firme la sentencia, a su ejecución solo puede oponerse una alteración del marco jurídico de referencia para la cuestión debatida en el momento de su resolución por el legislador, y v) que, cuando para hacer ejecutar lo juzgado, el órgano judicial adopta una resolución que ha de ser cumplida por un ente público, este ha de llevarla a cabo con la necesaria diligencia, sin obstaculizar el cumplimiento de lo acordado, por imponerlo así el art. 118 CE, y que cuando tal obstaculización se produzca, el Juez ha de adoptar las medidas necesarias para su ejecución sin que se produzcan dilaciones indebidas, pues el retraso injustificado en la adopción de las medidas indicadas afecta en el tiempo a la efectividad del derecho fundamental”.

No resulta ociosa la cita del artículo 18.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial en cuanto dispone:

Artículo 18.

...

2. Las sentencias se ejecutarán en sus propios términos. Si la ejecución resultare imposible, el Juez o Tribunal adoptará las medidas necesarias que aseguren la mayor efectividad de la ejecutoria, y fijará en todo caso la indemnización que sea procedente en la parte en que aquella no pueda ser objeto de cumplimiento pleno. Solo por causa de utilidad pública o interés social, declarada por el Gobierno, podrán expropiarse los derechos reconocidos frente a la Administración Pública en una sentencia firme, antes de su ejecución. En este caso, el Juez o Tribunal a quien corresponda la ejecución será el único competente para señalar por vía incidental la correspondiente indemnización.

Y debe efectuarse la oportuna remisión, desde la vertiente procesal, a los efectos negativos y positivos de la cosa juzgada material, excluyentes de un nuevo proceso cuyo objeto sea idéntico o positivos cuando el resultado de un proceso sea antecedente lógico del posterior, bastando traer a colación la aplicación supletoria y con las necesarias adaptaciones del artículo 222 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, al disponer:

Artículo 222. Cosa juzgada material

1. La cosa juzgada de las sentencias firmes, sean estimatorias o desestimatorias, excluirá, conforme a la Ley, un ulterior proceso cuyo objeto sea idéntico al del proceso en que aquella se produjo.

2. *La cosa juzgada alcanza a las pretensiones de la demanda y de la reconvencción, así como a los puntos a que se refieren los apartados 1 y 2 del artículo 408 de esta Ley.*

Se considerarán hechos nuevos y distintos, en relación con el fundamento de las referidas pretensiones, los posteriores a la completa preclusión de los actos de alegación en el proceso en que aquellas se formularen.

3. *La cosa juzgada afectará a las partes del proceso en que se dicte y a sus herederos y causahabientes, así como a los sujetos, no litigantes, titulares de los derechos que fundamenten la legitimación de las partes conforme a lo previsto en el artículo 11 de esta Ley.*

En las sentencias sobre estado civil, matrimonio, filiación, paternidad, maternidad e incapacitación y reintegración de la capacidad la cosa juzgada tendrá efectos frente a todos a partir de su inscripción o anotación en el Registro Civil.

Las sentencias que se dicten sobre impugnación de acuerdos societarios afectarán a todos los socios, aunque no hubieren litigado.

4. *Lo resuelto con fuerza de cosa juzgada en la sentencia firme que haya puesto fin a un proceso vinculará al Tribunal de un proceso posterior cuando en este aparezca como antecedente lógico de lo que sea su objeto, siempre que los litigantes de ambos procesos sean los mismos o la cosa juzgada se extienda a ellos por disposición legal.*

4

La ejecución de sentencias firmes de derribo, la responsabilidad patrimonial y las garantías de los daños y perjuicios en ejecución de sentencias firmes de derribo

Para centrar debidamente el desarrollo de la ejecución de sentencias firmes de derribos de obras ilegales, interesa resaltar que nos deben ocupar aquellos pronunciamientos jurisdiccionales contencioso-administrativos en los que, además de declarar contraria a la normativa la construcción de un inmueble, se determine la demolición del mismo y la reposición a su estado originario de la realidad física alterada.

En definitiva, como reconoce la jurisprudencia, en tales sentencias se vienen a resolver aquellos litigios en los que se cuestiona la regularidad urbanística de determinadas actuaciones, que suponen la construcción de inmuebles contrariando la normativa y cuya regularización no resulta jurídicamente posible, lo que determina la demolición de lo construido a llevar a efecto por los trámites de ejecución de sentencia.

Y otra cosa debe ser la determinación de la existencia, cuantificación y entidad deudora en concepto de responsabilidad patrimonial, que no forma parte del ámbito propio de la ejecución del derecho declarado en la sentencia, que se refiere a la regularización urbanística y no a la responsabilidad patrimonial de la Administración o, en su caso, la indemnización debida en otro concepto, cuya existencia y alcance habrá de determinarse en el correspondiente procedimiento, con las garantías procesales legalmente establecidas.

Como así otra cosa debe ser, si en esa ejecución de sentencia firme que puede incidir en la situación jurídica de terceros cabe atender a garantizar los daños y perjuicios patrimoniales indemnizables, y en el bien entendido que los mismos por no ser determinantes de la legalidad urbanística cuestionada, ni la responsabilidad ni los mismos no han sido debatidos ni declarados en el proceso.

Baste a los presentes efectos la cita de las sentencias de la Sala 3.^a, Sección 5.^a, del Tribunal Supremo, de 21 de marzo de 2018 (ponente: Herrero Pina, Octavio Juan), de 21 de marzo de 2018 (ponente: Fernández Valverde, Rafael), de 1 de junio de 2018 (ponente: Suay Rincón, José Juan), de 28 de junio de 2018 (ponente: Fernández Valverde, Rafael), de 11 de julio de 2018 (ponente: Fernández Valverde, Rafael), y de 7 de octubre de 2019 (ponente: Herrero Pina, Octavio Juan), en los siguientes particulares:

Trasladado este planteamiento al supuesto concreto previsto en el art. 108.3 de la Ley jurisdiccional, de ejecución de sentencias en las que, además de declarar contraria a la normativa la construcción de un inmueble, determine la demolición del mismo y la reposición a su estado originario de la realidad física alterada, se aprecia inmediatamente que tales sentencias vienen a resolver aquellos litigios en los que se cuestiona la regularidad urbanística de determinadas actuaciones, que suponen la construcción de inmuebles contrariando la normativa y cuya regularización no resulta jurídicamente posible, lo que determina la demolición de lo construido.

Ciertamente en esta materia urbanística pueden plantearse procesos complejos en los que se cuestione el reconocimiento de derechos de distinta naturaleza, pero el precepto se refiere a ese concreto tipo de procesos en los que se discute la acomodación al planeamiento de determinadas construcciones o instalaciones y más específicamente, aquellos casos en que las construcciones incurren en infracciones de tal entidad que impiden proceder a su regularización, de manera que el restablecimiento de la legalidad urbanística solo puede llevarse a efecto mediante la demolición de lo construido y reposición de la realidad física alterada.

En consecuencia, el marco o ámbito en el que opera el procedimiento de ejecución de la correspondiente sentencia es la efectividad del derecho declarando la regularización de la legalidad urbanística, que ha constituido el objeto de debate en el proceso declarativo y sobre el que se ha pronunciado el órgano jurisdiccional, con las garantías propias del procedimiento (con especial referencia al principio de contradicción procesal), y en el que, además, se propicia la intervención de quienes en el desarrollo del mismo puedan hacer valer derechos o intereses legítimos, que tienen igualmente la posibilidad de impugnar el resultado del proceso si se ha desconocido su derecho a ser parte en el mismo.

En este contexto hay dos razones o circunstancias fundamentales que determinan el alcance y contenido del precepto aquí examinado: primera, la existencia de relaciones jurídicas derivadas de la promoción y construcción llevada a cabo con violación insubsanable de la normativa urbanística, en las que intervienen terceros ajenos a la actuación que se debate en el proceso, cuyos derechos se trata de proteger y garantizar.

La segunda, que las actividades de edificación y uso del suelo están sujetas, según la normativa urbanística, al correspondiente control administrativo mediante las oportunas licencias, autorizaciones, conformidades o aprobaciones (art. 178 TRLS de 1976, art. 11 TRLSRU 7/2015) de manera que, al margen de otras imputaciones, es la propia Administración la que puede resultar responsable de los daños y perjuicios derivados para terceros como consecuencia de su deficiente ejercicio de la potestad de control, cuando concurren las circunstancias legalmente exigidas (art. 48 TRLSRU 7/2015, en relación arts. 32 y ss. Ley 40/2015), responsabilidad que no es objeto de debate ni reclamación en el proceso de regularización urbanística ni, por lo tanto, de pronunciamiento alguno en la sentencia de cuya ejecución se trata, cuyo pronunciamiento de regularización urbanística no se altera o condiciona por la existencia de terceros perjudicados, que no afecta a la legalidad urbanística que se declara.

En consecuencia y ya desde este planteamiento, la determinación de la existencia, cuantificación y entidad deudora en concepto de responsabilidad patrimonial, no forma parte del ámbito propio de la ejecución del derecho declarado en la sentencia, que se refiere a la regularización urbanística y no a la responsabilidad patrimonial de la Administración o, en su caso, la indemnización debida en otro concepto, cuya existencia y alcance habrá de determinarse en el correspondiente procedimiento, con las garantías procesales legalmente establecidas, de manera que el pronunciamiento al respecto en incidente de ejecución de sentencia

supondría, como señala el Tribunal Constitucional, resolver sobre cuestiones no abordadas ni decididas en el proceso, Tribunal que en sus sentencias 92/2013, de 22 de abril y 82/2014, de 28 de mayo, relativas a la inconstitucionalidad de la Ley 2/2011 de Cantabria y 8/2012 de Galicia que regulan esta materia, declara que la determinación de la eventual responsabilidad en que pudiera haber incurrido la Administración urbanística, supone introducir un trámite ajeno a la propia ejecución de la sentencia.

5

Los pronunciamientos judiciales contencioso-administrativos del derribo

Aunque no deja de ser común la existencia de simples pronunciamientos judiciales de derribo, inclusive bajo la tan criticada invocación genérica de “en todo aquello que fuera disconforme a derecho”, igualmente son de destacar los esfuerzos que se van efectuando para que ya a las alturas de la Sentencia que culmine el proceso se determine y concrete el puntual y específico objeto de lo que procede derribar, bien sea en todo o en parte, de la construcción o edificación. Y así, que todo ello se decida en su caso en la vía de recursos jurisdiccionales contra la Sentencia que recaiga.

Obsérvese que en caso de un pronunciamiento genérico se hace necesario apurar un incidente de ejecución de Sentencia para determinar con la debida claridad y precisión el objeto del derribo. Incidente que deberá tramitarse con apoyo en el artículo 109 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, a fin y efecto de determinar y concretar el puntual y específico objeto de lo que procede derribar, y con desfase temporal que se produce en la debida ejecución de sentencia, sobre todo teniendo en cuenta en su caso los recursos jurisdiccionales que procedan contra ese pronunciamiento.

A fin de evitar esa duplicación de vías impugnatorias –una para la Sentencia que culmine el proceso y otra para el Auto que culmine el incidente referido– y el desplazamiento temporal tan acusado que con ello se produce, resulta muy conveniente ser asistido por una prueba pericial especialmente dirigida a poner en evidencia, ante el órgano jurisdiccional y las partes, el verdadero alcance o los elementos sobre los que debe alcanzarse el correspondiente derribo, y en concreto hasta visualizando con los correspondientes planos o croquis de planta, alzado y secciones lo que proceda, inclusive con mención a si puede mantenerse o no el resto de lo construido, al punto que ya no sea necesario a buenos entendedores nuevas determinaciones de qué es lo

que lo que procede derribar. En esa tesitura el pronunciamiento jurisdiccional puede perfectamente remitirse a los correspondientes particulares de la prueba pericial para que se cumpla con el concreto derribo que se indique.

De la misma forma, y con idéntica finalidad de aligerar trámites de ejecución con sus vías impugnatorias ya en la Sentencia de cuya ejecución se trate, se puede efectuar, en el halo de las pretensiones que se hayan hecho valer en el proceso, lo que se ha ido denominando la determinación del “programa de ejecución”. Es decir, se pueden alcanzar y fijar pronunciamientos de determinación que se pueden ejemplificar, entre otros y con el debido ajuste al caso concreto a que obedecen, del siguiente modo:

... declaramos y en lo menester condenamos a la Administración demandada a que, sin demora de ningún género lleve a cabal y cumplido término la demolición total e íntegra de la edificación de autos, en los siguientes términos:

*1.– Cursar oficio con acuse de recibo a la Administración demandada para que en el improrrogable plazo de **5 días** haga constar en los autos de primera instancia la autoridad o funcionario responsable de la debida ejecución de la sentencia firme de autos, con apercibimiento, caso contrario, de entender a todos los efectos responsable de la ejecución al titular de la Alcaldía.*

*2.– Se fija un plazo de **dos meses** para que en los autos de primera instancia se acredite el cierre, precinto y se dejen sin efecto alguno los usos que en la obra a derribar se estén realizando y con apercibimiento a la autoridad o funcionario responsable de la imposición de multas coercitivas ascendientes a 75 € por día de demora en la ejecución a partir de ese plazo. Extiéndase el oficio con acuse de recibo aludido precedentemente a estos efectos.*

*3.– Se fija un plazo de **tres meses** desde la fecha de notificación de la presente Sentencia para que la Administración Municipal acredite en los autos de primera instancia el inicio de las obras de demolición y se fija un plazo de **nueve meses** para el agotamiento de la ejecutoria para demolición de obras y con apercibimiento a la autoridad o funcionario responsable de la imposición de multas coercitivas ascendientes a 75 € por día de demora en la ejecución a partir de esos tres o/y nueve meses antes citados. Extiéndase el oficio con acuse de recibo aludido precedentemente a estos efectos.*

*4.– Transcurrido ese plazo de **tres o/y nueve meses y un mes más** sin constancia del inicio o del agotamiento de la ejecutoria en los autos seguidos en primera instancia se aperciba a la Administración Municipal que se acordará la ejecución de la Sentencia firme de autos, a su cargo,*

mediante la Administración Autónoma y por los servicios, autoridades, funcionarios o empresas o entidades que se designen, eso sí con las debidas garantías. Extiéndase el oficio con acuse de recibo aludido precedentemente a estos efectos.

*5.– Debe apercibirse a la autoridad o funcionario responsable, una vez sea comunicado el mismo en plazo o transcurrido el plazo al titular de la Alcaldía, que la falta de cumplimiento de la ejecutoria de autos en el plazo establecido de **tres y nueve meses** puede ser considerado delito de desobediencia a la autoridad judicial y por ello transcurrido ese plazo se deducirá testimonio de particulares al Juzgado correspondiente para que depure las responsabilidades de ese orden a que hubiere lugar. E igualmente debe apercibirse a la autoridad o funcionario responsable que el transcurso del posterior plazo de un mes y en cada mes sucesivo, sin la debida ejecución de la ejecutoria de autos, mientras no se haya acordado la ejecución por la Administración Autónoma, igualmente puede ser considerado como nuevo delito de desobediencia a la autoridad judicial y por ello transcurrido ese plazo se deducirá testimonio de particulares al Juzgado correspondiente para que depure las responsabilidades de ese orden a que hubiere lugar. A tales efectos cúrsese el correspondiente oficio con acuse de recibo a la Administración y notifíquese personalmente esos apercibimientos a la autoridad o funcionario responsable. Todas esas diligencias y las conducentes deberán ser actuadas por el Juzgado “a quo”.*

6

El ámbito de la debida ejecución del derribo y las pretensiones de la legalización futurible

No debe perderse de vista que el perímetro de lo decidido jurisdiccionalmente o, si así se prefiere, de la cosa juzgada es el pronunciamiento de derribo que es de desear sea lo más concreto y específico sin que sea necesario apurar un nuevo o nuevos incidentes para su determinación o para evaluar sus excesos, y que sea perfectamente cognoscible por los correspondiente técnicos y operarios.

Otro supuesto es que se trate de enmarañar el supuesto a ejecutar con una materia ajena a esa ejecución y que con cierta habitualidad se plantea en la práctica cual es la referible a tratar de obstar, limitar o evitar la debida ejecución de la Sentencia de cuya ejecución se trata con la pretendida legalización futurible, en todo o en parte, de lo realizado.

En principio, y como se irá viendo, esa materia es ajena a la ejecución, que solo comporta atender al derribo, y debe estarse a ello sin que futuribles que no concurren fácticamente puedan alcanzar esas consecuencias de obstar, limitar o evitar la debida ejecución de la Sentencia de cuya ejecución se trata.

Efectivamente en forma alguna cabe estimar que el ordenamiento urbanístico dispense ni los que deben soportar esa ejecución se hallen dispensados de obtener, si les interesa, la correspondiente titulación habilitante con la correspondiente determinación de lo que estimen conducente a su derecho.

En consecuencia, la vía connatural y la regla general en sede de titulación habilitante deberá ser que procedan a instar en vía administrativa lo que corresponda a sus intereses, desde luego estando sujetos a los recursos administrativos de su razón, ya que cuando menos los que han obtenido la Sentencia firme deberán ser considerados interesados al respecto.

Y resultando altamente disfuncional que se trate de instrumentalizar la ejecución de la sentencia de derribo para que se prejuzguen —o se hasta se acepten— unas posibles legalizaciones de lo que solo procede derribar, y además por todas las vías de titulaciones habilitantes que pudieran resultar imaginables, con o sin cambios de planeamiento urbanístico en trámite o no, y hasta por titulaciones urbanísticas especiales de fuera de ordenación o situación disconforme o titulaciones urbanísticas extraordinarias y excepcionales como las de usos u obras de carácter provisional.

En definitiva, tampoco debe olvidarse que, por la mera aprobación de una nueva figura de planeamiento urbanístico o la mera obtención de una titulación habilitante, en forma alguna se debe apreciar que la Sentencia de cuya ejecución se trate resulte perjudicada, ya que se exige que se someta al correspondiente órgano jurisdiccional el correspondiente incidente de imposible ejecución del artículo 105.2, y estimándolo se transmute el fallo en la debida indemnización de daños y perjuicios, dejando sin efecto la ejecución “in natura”, como posteriormente se abundará sobre ello.

7

Los incidentes de ejecución de Sentencia y la no pacífica ejecución de la Sentencia firme de derribo

7.1.— La batería de incidentes que normalmente acceden a la tramitación en ejecución de sentencia y en abreviada síntesis son los relativos al incidente de nulidad del artículo 103.4 y 5 LJCA, al incidente de imposible ejecución del artículo 105.2 LJCA y al incidente de ejecución del artículo 109 LJCA y demás disposiciones concordantes —en adelante solo se indicará artículo 109—.

La primera perspectiva a abordar es la de su tramitación separada o su tramitación conjunta o mezclada, si se nos permite la expresión.

Si la presentación de las correspondientes demandas incidentales en ejecución de sentencia es para cada incidente no se plantean problemas en su tramitación, ya que cada una sigue su curso y finalmente se resolverá en la forma que posteriormente se indicará.

Pero no puede descartarse la tramitación conjunta o mezclada, ya que lo que va concurriendo en buen número de ocasiones es que, cuando la parte ejecutante promueve incidente de ejecución, por la vía del artículo 109 LJCA, para obtener el derribo, al contestar la demanda incidental se ponen de manifiesto motivos que no solo hacen referencia a ese incidente, sino que se alegan nuevos planeamientos urbanísticos, titulaciones habilitantes del más variado género, es decir, en definitiva, haciendo valer una imposible ejecución del artículo 105.2 LJCA sin promoverlo expresamente, y las más de las veces mostrando actuaciones que hasta el momento no se han revelado a la parte ejecutante en la vía administrativa.

En esa tesitura es de desear que se diera traslado a la parte ejecutante para atender cuando menos a su defensa precisamente en ese incidente de ejecución.

Y es en este punto cuando, más pronto que tarde, la parte ejecutante efectúa una defensa que bien puede subsumirse en unas pretensiones de nulidad de los nuevos supuestos que se presentan –nuevas figuras de planeamiento urbanístico a que se ha dado lugar para poder después legalizar por la vía de las titulaciones habilitantes– junto con las pretensiones de nulidad de esas nuevas titulaciones habilitantes y hasta todo ello adornado subsidiariamente –es decir, caso que no se estimen– con una pretensión de daños y perjuicios –es decir, en el supuesto de que se estimase de imposible ejecución en el caso–. Para la primera vertiente se estaría en las pretensiones del artículo 103.4 y 5 LJCA, y en la segunda vertiente en el supuesto del último inciso del artículo 105.2 LJCA, del que debería darse traslado a la parte que se opone a la ejecución y a estos solos efectos.

Siendo lo más riguroso la presentación y tramitación separada de esos incidentes para evitar demoras, repeticiones y acentuación de recursos, quizá es mejor estimar que procede la tramitación conjunta y mezclada en la medida en que se respete en principio de contradicción y defensión, habiendo podido formular las partes sus pretensiones de nulidad, imposible ejecución y ejecución y sus respectivas oposiciones con la práctica de la prueba de su razón, y así finalmente seguido el incidente conjunto por sus trámites se pueda llegar a resolver en cada uno lo que proceda.

Puestos a resolver las pretensiones de nulidad del artículo 103.4 y 5, de imposible ejecución y en su caso de indemnización de daños y perjuicios del

artículo 105.2 y de ejecución del artículo 109, todos ellos de la LJCA, importe destacar que por razones lógico-jurídicas el orden de resolverlas debe ser:

a) En primer lugar, el incidente de nulidad, ya que, caso de estimarse, bien se puede comprender que puede condicionar la resolución del incidente de imposible ejecución, que en su caso no procederá, y el de ejecución, que efectivamente procederá. Caso de desestimarse el incidente de nulidad, queda expedito el enjuiciamiento del de imposible ejecución y, finalmente, el de ejecución.

b) En segundo lugar, una vez desestimado el incidente de nulidad, procede pronunciarse sobre el incidente de imposible ejecución, ya que si no se patentiza un supuesto de imposible ejecución igualmente y en su caso se puede condicionar la resultancia del incidente de ejecución que procederá. Pero si procede la imposible ejecución va de suyo que no procederá la estimación del incidente de ejecución, debiendo pasarse a efectuar el pronunciamiento de rigor sobre la indemnización de los daños y perjuicios por la no ejecución “in natura” de la Sentencia si es que se ha pretendido.

c) Finalmente procede pronunciarse sobre el incidente de ejecución si se ha desestimado el incidente de imposible ejecución, y adoptar en esa sede lo que proceda.

Desde luego todo ello con todas las especificidades de concurrencia de las exigencias procesales, resultancias de estimaciones parciales en su caso, ejecuciones o inejecuciones parciales, sin que quepa admitir supuestos suspensivos en la ejecución no aceptados legalmente y así pretendidos y resueltos y a salvo las acomodaciones, ajustes y acompasamientos en la ejecución a lo que proceda a resultas de lo que se está tramitando y resolviendo a lo que deberá prestarse la debida atención. Y a salvo la vía de los recursos jurisdiccionales contra lo que se va resolviendo.

7.2.— A su vez, importa destacar que uno de los supuestos más complejos se centra en los casos en que se haya desplegado una actuación administrativa reglamentaria –nuevo planeamiento urbanístico– o nueva titulación habilitante y se planteen vías de impugnación fuera del proceso de ejecución.

A ese respecto interesará no perder de vista las especificidades y concretas características del caso y a tales efectos interesa dejar constancia de la cuidada doctrina del Tribunal Supremo, en especial la contenida en la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 3.ª, Sección 5.ª, de 25 de enero de 2018 (ponente: Tolosa Tribiño, César), en la que en principio, sin entrar en el debate de cuál sea el auténtico carácter –administrativo, procesal o de naturaleza jurídica intermedia de los actos dictados en ejecución de sentencias contencioso-administrativas, entre lo administrativo y lo procesal–, ha tenido ocasión de señalar que los actos dictados en el proceso

de ejecución de una sentencia firme deben ser combatidos en el trámite incidental correspondiente del proceso en que se dictó la sentencia que mediante ellos se ejecuta, deduciendo las peticiones adecuadas ante el órgano jurisdiccional que conoce y resuelve de la ejecución, sin que sea admisible la interposición de recursos contencioso-administrativos sucesivos frente a tales actos, ya que, de admitirse, dilatarían indefinidamente el cumplimiento de lo ya juzgado

Ahora bien, igualmente se centra el caso en las siguientes vías:

Para aclarar estas cuestiones –sin duda relacionadas con el recurso que nos ocupa– debemos distinguir (A) las acciones impugnatorias que pueden ejercitarse en supuestos como el de autos (esto es, en supuestos en los que, previa la existencia de un pronunciamiento jurisdiccional aparece, con posterioridad, una actuación o reglamentación administrativa que incide de forma directa en la ejecución de la previa sentencia), y, por otra parte, como aspecto diferente –aunque, si se quiere, complementario–, (B) los procedimientos a través de los que las citadas acciones pueden encauzarse:

A) Esto es, la impugnación jurisdiccional de un acto (o de una norma reglamentaria, cual sería el planeamiento) del que se sospecha que ha sido puesto en vigor con la finalidad de eludir la ejecución de una anterior sentencia, podría residenciarse ante los órganos de la jurisdicción contencioso-administrativo –en función de su respectiva competencia– de las siguientes formas:

1º. Mediante el ejercicio de una nueva acción de nulidad frente a aspectos de la legalidad ordinaria del nuevo acto o reglamento (planeamiento), articulada a través del correspondiente Recurso Contencioso-administrativo independiente; esto es, se trataría de comprobar la legalidad de la nueva actuación o reglamentación, confrontándola con la legalidad ordinaria en el momento vigente, y, al margen, de los antecedentes jurisdiccionales producidos. Estaríamos, pues, en presencia del ejercicio una acción nueva e independiente, desligado de los previos pronunciamientos jurisdiccionales.

2º. Mediante el Incidente de ejecución de sentencia, tratando de comprobar si la nueva actuación –entendida en sentido amplio– se ajusta a lo resuelto por la anterior sentencia dictada en un proceso contencioso-administrativo; esto es, se trataría de comprobar si la nueva actuación o reglamentación administrativa encaja en el ámbito de legalidad señalado y establecido por la previa resolución jurisdiccional. Es decir, si dichos nuevos actos y disposiciones son “contrarios a los pronunciamientos de las sentencias”. Y,

3º. *Mediante el ejercicio de la acción prevista en el artículo 103.4 de la LRJCA (y en el 108.3 de la misma Ley), dirigida a acreditar, exclusivamente, si los nuevos actos y disposiciones –por supuesto “contrarios a los pronunciamientos de las sentencias”– han alcanzado dicha categoría jurídica no por ser contrarios a la legalidad ordinaria vigente, sino por haber sido dictados “con la finalidad de eludir (el) cumplimiento” de la citada sentencia previa.*

B) Desde una perspectiva procedimental la cuestión surge como consecuencia de la forma en que se encauce esta última acción (ex artículo 103.4 de la LRJCA), ya que el ejercicio de la misma puede encauzarse de diversas formas:

1º. *Conjuntamente con una acción ordinaria, es decir, en un Recurso contencioso-administrativo independiente en el que se acumulen las acciones de legalidad ordinaria y la especial del artículo 103.4.*

2º. *Conjuntamente en un Incidente de ejecución de sentencia (ex artículo 109 de la LRJCA); es decir, se ejercitaría en el incidente que se abre a partir de la firmeza de la sentencia, en el propio recurso contencioso-administrativo, para proceder a la ejecución de la sentencia en el mismo dictada, y, en tal Incidente se analizarían, de forma conjunta, tanto los aspectos –materiales, si se quiere– relativos al ajuste de lo resuelto con el previo pronunciamiento de la sentencia, como, los aspectos, de perfil más subjetivo, cuáles serían los relativos a la finalidad intrínseca de dichos pronunciamientos, en concreto, los relativos a si los mismos habían sido dictados “con la finalidad de eludir (el) cumplimiento” de la citada sentencia previa.*

3º. *En solitario –esto es, sin coetaneidad con las otras dos acciones a las que nos hemos referido–, mediante un específico y exclusivo Incidente de ejecución de sentencia; esta es la vía prevista en el artículo 103.5, que se remite al 109 de la misma LRJCA.*

Debemos, pues, señalar que esta remisión del artículo 103.5 al 109 – como ya hemos expuesto y ahora ratificaremos– no implica la exclusividad procedimental, pues, como acabamos de exponer, esta acción del artículo 103.4 también puede ejercitarse –conjuntamente con la acción material ordinaria– bien a través de un recurso contencioso– administrativo independiente –que es, justamente, lo acontecido en el supuesto de autos– bien en un genérico Incidente de ejecución de sentencia previsto para resolver todas las cuestiones derivadas de la sentencia.

Y así en el caso concreto tan caracterizado por tratarse de una actuación centrada en el halo de la ejecución de sentencia se llegó a la conclusión siguiente:

De lo anteriormente expuesto resulta con absoluta claridad que el acto ahora recurrido fue dictado a requerimiento de la Sala y que de ello tuvo perfecto conocimiento la Administración autonómica, esto es, es la Sala la que en ejecución considera que la rectificación de un error material, en el que ha incurrido una disposición de carácter general no requiere la tramitación de un procedimiento equivalente al correspondiente para la aprobación de dicha disposición de carácter general (en este caso, Aprobación Inicial, Aprobación Provisional y Aprobación Definitiva) bastando para ello un mero acuerdo de rectificación del error padecido. Por ello, el acuerdo dictado por el Ayuntamiento de Mijas en ejecución de sentencia, debió haber sido impugnado por la recurrente en el seno del incidente de ejecución de sentencia, por cuanto la Administración demandada lo que ha hecho es cumplir con su deber legal de ejecutar la sentencia, no estando permitida una impugnación autónoma del acuerdo dictado, siguiendo lo ordenado por la Sala.

7.3.– Otra temática a destacar es la relativa al enjuiciamiento en los juzgados de lo contencioso-administrativo en ejecución de sentencia por la vía del artículo 103.4 y 5 LJCA cuando la actuación desplegada no solo recae en titulaciones habilitantes competencia del mismo, sino con figuras de planeamiento urbanístico cuya impugnación directa recae en la Sala de lo Contencioso-Administrativo.

En estos casos el enjuiciamiento relativo a la finalidad de eludir el cumplimiento de la Sentencia debe recaer no solo en los actos administrativos que se hayan dictado, sino también respecto a las figuras de planeamiento que se hayan desplegado y en razón a su posible impugnación indirecta.

Y la decisión que se adopte en el Juzgado, caso de estimar nulas las figuras de planeamiento urbanístico, deberá atender al planteamiento de la correspondiente cuestión de ilegalidad.

Ahora bien, si se recurre en apelación contra esa resolución del incidente, nada impide a la Sala de lo Contencioso-Administrativo que en esa vía estime la nulidad de esas figuras de planeamiento, siguiendo doctrina establecida al respecto contra las sentencias de los juzgados de lo contencioso-administrativo, haciendo innecesario el planteamiento de la cuestión de ilegalidad.

Baste a los presentes efectos, entre otras, la cita de la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 3.ª, Sección 5.ª, de 4 de febrero de 2019, en los siguientes particulares:

TERCERO.– Planteado en estos términos el recurso de casación, habiéndose solventado la alegación de pérdida sobrevenida de objeto por auto de 3 de julio de 2018 y debiéndose estar a la apreciación de interés casacional señalada en el auto de admisión de 19 de enero de 2018,

procede, de conformidad con lo establecido en el art. 93.1 de la Ley jurisdiccional, examinar las alegaciones y motivos de impugnación de las partes con referencia a la cuestión que, según se recoge en el dicho auto de admisión, precisa ser esclarecida, que no es otra que la incidencia de lo dispuesto en el artículo 105.2 de la LJCA puesto en relación con lo recogido en el artículo 103.4 de la LJCA, en un supuesto en el que, como en el caso de autos, la declaración de nulidad del plan especial se efectuó en el seno de un incidente de ejecución de sentencia, durante la resolución de un recurso de apelación, teniendo en consideración la posible incidencia en el juego de ambos preceptos del cambio normativo autonómico producido a lo largo de la tramitación del citado incidente. A tal efecto no puede perderse de vista que el litigio se plantea en el ámbito de la ejecución de una sentencia y atañe a la exigencia constitucional de su obligado cumplimiento (art.118 CE), que supone la ejecución en sus propios términos (art. 18.2 LOPJ), bajo el control del órgano jurisdiccional competente al efecto.

Es en este marco esencial en el que se establece la previsión del art. 103.5 de la Ley reguladora de esta Jurisdicción Contencioso-Administrativa en el sentido de apoderar al órgano jurisdiccional a quien corresponda la ejecución de la sentencia para declarar la nulidad de los actos y disposiciones contrarios a los pronunciamientos de las sentencias, que se dicten con la finalidad de eludir su cumplimiento, salvo que careciese de competencia para ello conforme a lo dispuesto en esta Ley. Tal facultad se reconoce tras establecer la propia Ley en el apartado precedente la nulidad de pleno derecho de los referidos actos o disposiciones, de manera que, de una parte, se produce la previsión legal estableciendo la nulidad de pleno derecho en razón de una causa que atañe a la ejecución del fallo y de otra se faculta al órgano jurisdiccional para efectuar la correspondiente declaración de nulidad en el mismo procedimiento de ejecución, salvo que carezca de competencia al efecto según la propia Ley procesal.

Pues bien, la falta de competencia para declarar la nulidad de pleno derecho de tales actos o disposiciones no desapodera al órgano jurisdiccional para ejercer el correspondiente control en la ejecución de la sentencia, que tiene atribuido por la ley, y en tal sentido valorar si, los actos o disposiciones que se invocan como justificación para alegar el incumplimiento de la sentencia en sus propios términos, incurren en la causa de nulidad establecida, que en caso afirmativo determina la total ineficacia de los mismos a los efectos pretendidos de inejecución y, en consecuencia, el correspondiente pronunciamiento judicial desestiman-

do la alegación de imposibilidad de ejecución formulada al amparo del art. 105.2 de la LJCA.

Otro alcance tiene la declaración de nulidad de tales actos o disposiciones al margen de la concreta ejecución de que se trate y es en razón de ello que se mantiene el régimen de competencia establecido al efecto por la Ley y se establece la salvedad prevista en el último inciso del art. 103.5, de manera que la declaración se produce si el mismo órgano jurisdiccional competente para la ejecución lo es para conocer de la legalidad del acto o disposición de que se trate y, en otro caso, habrá acudir a los procedimientos establecidos para su declaración por el órgano jurisdiccional competente al efecto, que tratándose de una disposición general puede plantearse por vía de resolución de un recurso devolutivo, como cuestión de ilegalidad (art. 27.1LJCA) o mediante su impugnación directa ante el Tribunal competente.

Desde estas consideraciones generales no pueden acogerse las alegaciones que se formulan en el primer motivo de impugnación que se articula por la Generalitat de Catalunya por cuanto, de una parte, no es discutible la competencia de Juzgado de lo Contencioso Administrativo para declarar la nulidad de la licencia concedida el 31 de agosto de 2011 al amparo del Plan Especial de 6 de junio de 2011, nulidad que impide por si sola su consideración como justificación para atender la alegación de imposibilidad legal de ejecución de la sentencia y, por otra parte, apreciada por el Juzgado, dentro de sus competencias en materia de ejecución, la concurrencia en la aprobación del Plan Especial de la causa de nulidad prevista en el art. 103.4 de la LJCA, su declaración se efectúa por la Sala de instancia, con ocasión del conocimiento del recurso de apelación planteado ante la misma y sin necesidad de suscitar cuestión de ilegalidad, precisamente en cumplimiento de lo dispuesto por este Tribunal Supremo en auto de 8 de julio de 2016, dictado en incidente de nulidad, que declara la nulidad de actuaciones y retroacción al momento anterior al dictado de la sentencia de 20 de septiembre de 2013.

...

CUARTO.— Rechazado el planteamiento de las partes recurrentes y respondiendo a la cuestión planteada en el auto de admisión de este recurso, ha de entenderse que corresponde al órgano jurisdiccional competente para la ejecución de la sentencia valorar si, los actos o disposiciones que se invocan como justificación para alegar la imposibilidad de cumplimiento de la sentencia en sus propios términos, incurren en la causa de nulidad establecida en el art. 103.4 de la LJCA, que en

caso afirmativo determina la total ineficacia de los mismos a los efectos pretendidos de inejecución y el correspondiente pronunciamiento judicial desestimando la alegación de imposibilidad de ejecución formulada al amparo del art. 105.2 de la LJCA, sin perjuicio de que la declaración de nulidad de tales actos o disposiciones se lleve a cabo por el órgano jurisdiccional competente según la propia Ley procesal. Por otra parte, la incidencia que pueda tener una modificación normativa en el procedimiento de ejecución de la sentencia queda condicionada por el resultado de la valoración que se haga, en cada caso, sobre la concurrencia de la causa de nulidad prevista en el art. 103.4 de la LJCA.

7.4.– Llegados a las presentes alturas no se va a descubrir la obviedad que representa, especialmente en la vía del artículo 103 LJCA, que la modificación del planeamiento que incide en la debida ejecución de sentencias firmes es singularmente exigente, al punto que no debe descartarse que forma parte de los hechos determinantes de la nueva ordenación que se interesa, y atendida la consideración de las exigencias de cita de los convenios urbanísticos, o de las personas titulares de terrenos en su caso favorecidos por la nueva ordenación, no debe obviarse igualmente la cita de los pronunciamientos jurisdiccionales que pueden resultar afectados por el ejercicio de la potestad de planeamiento urbanístico, por lo demás perfectamente conocidos por las Administraciones en liza.

Así, y en abreviada síntesis, deben resaltarse los pronunciamientos jurisdiccionales en que se aboga por una motivación intensa, reforzada sobre la nueva ordenación, que debe obedecer a una satisfacción de los intereses públicos, y hasta el punto de invertirse la carga de la prueba de su acreditación, como, por todas, se muestra en la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 3.^a Sección 5.^a, de 6 de septiembre de 2016 (ponente: Tolosa Tribiño, César), al sentar:

1. Por de pronto, la ordenación propuesta en los términos indicados ha de estar especialmente justificada en razones de interés general.

Se requiere en estos casos una motivación especialmente intensa justificativa de que la indicada ordenación responde a razones objetivas de dicha índole; y se produce incluso una inversión de la carga probatoria, correspondiendo a la Administración acreditar la inexistencia de una intención defraudatoria y la adecuación por el contrario de su actuación al interés general.

Ha de insistirse en que habrá ciertas ocasiones en que ni siquiera será posible que la Administración podrá decantarse por la alternativa indicada; pero, como también hemos señalado, no siempre es así y habrá que estar a la entidad y naturaleza del vicio determinante de la anula-

ción: ahora bien, por dejar las cosas bien claras de entrada, en todo caso, cuando ello resulte posible, el deber de motivación de las determinaciones adoptadas requiere su satisfacción en los rigurosos términos que acabamos de indicar.

7.5.– Dirigiendo la atención a la vía del artículo 105.2 LJCA interesa dar por sobradamente conocido que solo con un pronunciamiento judicial de imposible ejecución cabe sostener que la ejecución “in natura” de una sentencia firme ya no proceda, y que deba estarse al incidente de indemnización de daños y perjuicios si así se insta.

Ahora bien, después de recordar igualmente que esa imposibilidad debe ser radical y absoluta, interesa dejar sentados los pronunciamientos jurisdiccionales relativos a dos temáticas que tan asiduamente acceden a enjuiciamiento en ese incidente. Una relativa a la verdadera naturaleza del plazo establecido para su promoción, y otra relativa a la legitimación para esa promoción más allá de la Administración.

A tales efectos procede traer a colación, por todas, la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 3.^a, Sección 5.^a, de 29 de diciembre de 2015 (ponente: Fernández Valverde, Rafael), y las que en ella se citan en los siguientes fundamentos de derecho:

QUINTO.– El primer motivo ha de ser rechazado. Recordemos que el artículo 105.2 de la LRJCA dispone que, para el supuesto de concurrencia de causa (material o legal) de imposibilidad de ejecutar la sentencia “el órgano obligado a su cumplimiento lo manifestará a la autoridad judicial... dentro del plazo previsto en el apartado segundo del artículo anterior...”. Pues bien, dicho plazo de referencia (104.2) es –en principio– el de “dos meses a partir de la comunicación de la sentencia”. De esta comunicación se ocupa el párrafo anterior del mismo artículo (104.1) que, después de su modificación por la Ley 37/2011, de 10 de octubre, de Medidas de agilización procesal, dispone que “Luego que sea firme una sentencia, el Secretario Judicial –hoy “Letrado de la Administración de Justicia” de conformidad con lo establecido en la Disposición Adicional Primera de la Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial – lo comunicará en el plazo de diez días al órgano que hubiese realizado la actividad objeto del recurso”, órgano administrativo que, a continuación y por su parte, en otro nuevo plazo de diez días, deberá indicar al Tribunal, a través del Letrado de la Administración de Justicia, “el órgano responsable del cumplimiento” del fallo de la sentencia firme.

Pues bien, entre otras muchas, en nuestra STS de 16 de abril de 2013 (RC 918/2012) hemos sintetizado nuestra –sin duda evolutiva– doctrina

en relación con el plazo con que cuenta la Administración –o los interesados en algunos supuestos– para el planteamiento al Tribunal de la concurrencia de causa para de imposibilidad legal o material de ejecución de la sentencia; plazo que, como hemos expuesto es, como regla general, el indicado plazo de dos meses –a que se hace referencia en el artículo 104.2 de la LRJCA antes transcrito–, o bien, en algunos casos, el plazo especial –fijado en sentencia– al que el mismo precepto se remite, por la vía del artículo 71.1.c) de la LRJCA, pero sin tomar en consideración al “plazo inferior” a que hace referencia el n° 3 del mismo artículo 104 LRJCA. Pues bien, en dicha STS decíamos:

“Tradicionalmente el Tribunal Supremo ha venido interpretando, sin embargo, con flexibilidad el mencionado plazo, señalando la STS de 30 de enero de 1996 que: “Por otra parte este plazo no puede considerarse de caducidad y el artículo 18 de la Ley Orgánica del Poder Judicial no lo contempla”.

En la STS de 6 de junio de 2003 se añadió –en relación con el artículo 107 de la LRJCA 56– que “Esta cuestión ha sido resuelta adecuadamente por el Tribunal de instancia al señalar que dicho plazo no es de caducidad, pues la imposibilidad de ejecutar una sentencia lo es en cualquier momento, como ha tenido ocasión de señalar esta Sala en sus autos de 6 de abril de 1992, 15 de marzo de 1993 y 30 de enero de 1996, así como en la sentencia de 12 de septiembre de 1995, en cuyo fundamento de derecho tercero se afirma que: “debe tenerse en cuenta que, si inicialmente la doctrina de este Tribunal acogió una interpretación estricta en orden a la observancia de dicho requisito temporal, en sintonía con la tesis de los recurrentes, en una ulterior etapa jurisprudencial, es posible distinguir a estos efectos el supuesto contemplado en el artículo 105.2 y el que se regula en el artículo 107, ambos de la Ley de la Jurisdicción. En el primero, es preclusivo el plazo de dos meses siguientes a la recepción de la sentencia para que el Consejo de Ministros, con carácter extraordinario, pueda decretar la suspensión o inexecución por alguna de las causas legales que enumera el precepto.... Por el contrario, en el referido artículo 107 LRJCA se contempla un supuesto de inexecutabilidad de sentencia distinto, por causa de su imposibilidad material o legal, cuya concurrencia ha de ser apreciada ineludiblemente por los Tribunales dentro de un proceso incidental, para el que se establece también un plazo de dos meses para su planteamiento, pero sobre el que los más recientes pronunciamientos de este Tribunal han hecho las siguientes precisiones: a) su cómputo ha de iniciarse, como regla general, desde que surja la causa determinante de la imposibilidad material o legal:

“entenderlo de otro modo haría ilusoria en muchos casos la aplicabilidad del artículo 107 LJCA cuando la imposibilidad se presentara con posterioridad a los dos meses desde la recepción del testimonio de la sentencia” (ATS 28 marzo 1990); b) el plazo de los dos meses a que se refiere el artículo 107 LRJCA no puede calificarse como de caducidad en términos absolutos, y “si verdaderamente concurre una causa de imposibilidad material o legal de ejecutar una sentencia, resulta necesario plantear y resolver el incidente de inejecución, única forma de poder determinar (en su caso) la indemnización que sea pertinente a favor de la parte que obtuvo la sentencia favorable” (ATS 6 abril 1992); c) procede declarar correctamente admitido el incidente cuando el particular recurrente, en su día, acepta expresamente que se admita transcurridos los dos meses que prescribe la Ley (STS 29 octubre 1992); y d) en relación con el transcurso del plazo de dos meses establecido en el artículo 107 LRJCA debe seguirse una interpretación en clave del artículo 18.2 LOPJ, en cuanto determina que si la ejecución resultare imposible, el Juez o Tribunal adoptará las medidas necesarias que aseguren la mayor efectividad de la ejecutoria, y fijará, en todo caso la indemnización que sea procedente en la parte en que aquella no pueda ser objeto de cumplimiento pleno (ATS 22 febrero 1994)”.

Añadiendo la STS de 26 de enero de 2005 que: “Tampoco ha habido un incumplimiento, propiamente dicho, del plazo de dos meses a que se remite ese artículo 105.2... En todo caso, basta recordar ahora que el incumplimiento de aquel plazo no impide apreciar la causa de imposibilidad cuando esta realmente concurre. Sus efectos son otros”.

Pero, dicho lo anterior, también debemos añadir que la STS de 9 de abril de 2008 ha incidido en esta cuestión relativa al plazo para el planteamiento de la imposibilidad (habiendo continuado la línea iniciada por las posteriores SSTS de 30 de octubre y 17 de noviembre de 2008) introduciendo en la anterior línea jurisprudencial importantes matizaciones: “Con tal plazo preclusivo se pretende evitar la inseguridad en cuanto a la ejecución de las sentencias y evitar la promulgación de disposiciones o la adopción de actos contrarios a los pronunciamientos de las sentencias con la finalidad precisamente de eludir su cumplimiento, los que el artículo 103.4 de la misma Ley sanciona con la nulidad radical.

Si no se fijase un plazo legal para promover el incidente de inejecución de una sentencia por imposibilidad legal o material, cabría la posibilidad de que, en cualquier momento ulterior, se tome un acuerdo o se promulgue una disposición que traten de hacer imposible la ejecución de la sentencia, de modo que, en virtud del principio de seguridad jurídica en

el cumplimiento de las sentencias, la ley ha determinado el plazo de dos meses, que, como se indica en la Sentencia de esta Sala de fecha 22 de diciembre de 2003 (recurso de casación 1862/2001), se interpretó por la jurisprudencia de forma estricta y que, aun admitiendo precisiones o matizaciones en algunos pronunciamientos, ha de respetarse siempre para salvaguardia del aludido principio que garantiza la ejecución de las sentencias en sus propios términos, interpretación esta acogida en la más reciente Sentencia de esta Sala y Sección de fecha 26 de enero de 2005 (recurso de casación 2354/2002), en que la causa de imposibilidad legal de ejecutar la sentencia se había producido con anterioridad incluso a que se dictase la sentencia, y así se declara en esta que “los acontecimientos constitutivos de la causa de imposibilidad apreciada se desarrollan ya antes de que se dictara sentencia”, mientras que en la ya citada de fecha 24 de enero de 2007 (recurso de casación 140/2004, fundamento jurídico cuarto) hemos expresado que “como requisito de carácter temporal, debe señalarse que el plazo con que cuenta la Administración para el expresado planteamiento es el indicado plazo de dos meses a que se hace referencia en el artículo 104.2 del mismo texto legal, o bien el plazo especial –fijado en la sentencia– al que el mismo precepto se remite”.

En este caso, la causa de imposibilidad legal de ejecutar la sentencia es, en opinión del recurrente, la aprobación de unas Normas Subsidiarias de Planeamiento un año después de la firmeza de aquella y la solicitud de que se declare la imposibilidad legal la formula dicho recurrente ante el Ayuntamiento obligado al cumplimiento de la sentencia cuatro años después de haber quedado esta firme y tres años después de ser aprobadas las aludidas Normas Subsidiarias en las que basa su pretensión, razones por las que el quinto motivo de casación alegado tampoco puede prosperar”.

Por su parte, la STS de 17 de noviembre de 2008 –al igual que la posterior STS de 9 de febrero de 2009 – puso de manifiesto los siguientes extremos: “Esta Sala ha declarado en diversas ocasiones –sirvan de muestra las sentencias que cita la Sala de instancia en el fundamento cuarto del auto que desestimó el recurso de súplica– que el plazo señalado en los artículos 104.2 y 105.2 de la Ley reguladora de esta Jurisdicción para que el representante procesal de la Administración pueda instar la declaración de imposibilidad legal o material de ejecución de la sentencia –dos meses a partir de la comunicación de la sentencia o el plazo fijado en esta para el cumplimiento del fallo– no es un plazo de caducidad absoluto, de manera que, si efectivamente concurre la imposibi-

lidad puede ser declarada aun cuando haya transcurrido aquel plazo; y, en esa misma línea, hemos señalado que la declaración de imposibilidad de ejecución podrá instarse en un momento posterior cuando la causa que la determina sobrevenga con posterioridad al transcurso de aquel plazo que señala los preceptos citados.

Ahora bien, esas modulaciones interpretativas, acordes con la finalidad de la norma, de ningún modo significan que el plazo legalmente establecido carezca de toda virtualidad o pueda ser enteramente ignorado. Muy por el contrario, en sentencia de 9 de abril de 2008 (casación 6745/05) hemos destacado la significación de ese plazo haciendo las siguientes consideraciones (...).

Complementando la doctrina que acabamos de reseñar, procede ahora señalar que la inobservancia del mencionado plazo, y dependiendo de que esa inobservancia sea o no justificada, podrá ser un factor relevante o incluso determinante a la hora de valorar la seriedad del alegato de imposibilidad, y, en definitiva, a la hora de decidir la procedencia de la declaración de imposibilidad de ejecución que se solicita de forma tardía”.

Esta doctrina –entre otras– la hemos seguido en la posterior STS de 13 de mayo de 2014 (RC 2714/2013), continuando con la línea jurisprudencial iniciada por la STS de 9 de abril de 2008, y seguida por las SSTS de 30 de octubre de 2008, 17 de noviembre de 2008 y 9 de febrero de 2009. Pues bien, en la citada STS de 13 de mayo de 2014, añadíamos:

“En cuanto a la cuestión relativa al plazo de dos meses a que se refiere el art. 105.2 en relación con el 104.2, ambos de la Ley de esta Jurisdicción para la alegación de la causa de imposibilidad legal o material de ejecución, esta Sala tiene declarado que el plazo señalado en los citados artículos para que el representante procesal de la Administración pueda instar la declaración de imposibilidad legal o material de ejecución de la sentencia –dos meses a partir de la comunicación de la sentencia o el plazo fijado en esta para el cumplimiento del fallo– no es un plazo de caducidad absoluto, de manera que, como señala la sentencia de esta Sala y Sección de 14 de febrero de 2013, que realiza un examen bastante exhaustivo sobre la materia, si efectivamente concurre la imposibilidad, puede ser declarada aun cuando haya transcurrido aquel plazo; y, en esa misma línea, hemos señalado que la declaración de imposibilidad de ejecución podrá instarse en un momento posterior cuando la causa que la determina sobrevenga con posterioridad al transcurso de aquel plazo que señalan los preceptos citados. Ahora bien, esas modulaciones interpretativas, acordes con la finalidad de la norma, de ningún modo

significan que el plazo legalmente establecido carezca de toda virtualidad o pueda ser enteramente ignorado”.

Doctrina en la que insistíamos en la STS de 8 de julio de 2014 (RC 2465/2013):

“En esa nuestra Sentencia, fechada el 16 de mayo de 2014 (recurso de casación 1621/2013), de la que hemos hecho repetida cita, recogiendo jurisprudencia anterior, se declara que ‘esta Sala y Sección del Tribunal Supremo ha admitido (Sentencias de 17 de noviembre de 2008 –recurso de casación 4285/2005– y 9 de febrero de 2009 –recursos de casación 1622/2005 –, entre otras) que el plazo de dos meses, establecido por el citado artículo 105.2 de la Ley Jurisdiccional, no es un plazo de caducidad absoluto, de manera que su inobservancia, si está justificada, no impide promover, transcurrido el plazo de dos meses, el incidente de imposibilidad legal o material de ejecutar las sentencias’, pero también hemos expresado que ‘la ejecución de una sentencia firme no puede quedar supeditada indefinidamente a la promoción sucesiva de incidentes de imposibilidad legal o material de ejecución de una sentencia por causas existentes al momento de haberse promovido el primero’, pues ‘tal pretensión es contraria a lo establecido por el artículo 105.2 de la Ley de esta Jurisdicción y a la jurisprudencia, antes citada, interpretativa del mismo, y, en definitiva, contradice abiertamente lo dispuesto en los artículos 118 de la Constitución y 103.2 y 3 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa’, razones estas suficientes para estimar los motivos de casación primero y segundo invocados con la consiguiente declaración de haber lugar al recurso interpuesto frente a los autos que han declarado la inejecución de la sentencia por causa de imposibilidad material, a pesar de lo cual vamos a examinar seguidamente si concurre o no esa pretendida causa de imposibilidad material”.

Cerramos la cita, por su parte, con la STS de 23 de septiembre de 2015 (RC 227/2015), en la que hemos reiterado, una vez más lo antes expuesto.

Pues bien, en relación con el supuesto de autos, recordaremos los siguientes datos:

a) La STS de esta Sala de 5 de febrero de 2008 –tras casar la de instancia de 31 de julio de 2003– solo fue parcialmente anulatoria (por cuanto lo anulado fue solo el Acuerdo plenario municipal de permuta de terrenos, adoptado en sesión de 17 de diciembre de 1993, pero no el Acuerdo de la Comisión de Gobierno de 14 de julio de 1993, que concedió la licencia de obras).

b) *Que, en ejecución de la anterior STS de 2008, la Sala de instancia dictó los Autos de 10 de noviembre de 2011 y 26 de enero de 2012 – cuya parte dispositiva ha sido antes transcrita–, en los que, en síntesis, se acordó haber lugar a la ejecución de la sentencia (anulatoria de la permuta), ordenando la devolución de las cosas permutadas y cantidades satisfechas, así como la comunicación registral para la cancelación de la permuta y la inscripción de la sentencia.*

c) *Recurridos en casación tales Autos (por considerar la recurrente que la STS de 5 de febrero de 2008 no era susceptible de ejecución al tratarse de una sentencia declarativa y no de condena) esta Sala dictó una segunda STS, de fecha 17 de septiembre de 2013, rechazando el recurso de casación formulado contra los anteriores Autos.*

) *Fue en ese momento –en concreto, en fecha de 10 de diciembre de 2013– cuando la recurrida en la instancia presentó escrito ante el Ayuntamiento solicitando se dictase resolución por la que se declarase la imposibilidad de ejecutar la sentencia, a lo que se opuso la parte recurrente solicitando la inadmisibilidad del escrito; tras ello, en fecha de 20 de enero de 2014 el ayuntamiento solicitó de la Sala que considerase la imposibilidad de ejecutar la sentencia.*

Pues bien, en el supuesto de autos, no puede considerarse que haya existido un largo período de inactividad procedimental entre la fecha de la STS de 17 de septiembre de 2013 y la de la solicitud municipal (20 de enero de 2014) de declaración de imposibilidad de ejecución –a la vista del trámite de audiencia seguido–, teniendo en cuenta, además, qué solo tras dicha sentencia de 2013 quedó confirmada la obligación de ejecutar la anterior sentencia de 2008, al considerarse que esta –como pretendía la recurrida– no era una sentencia meramente declarativa, y qué, por otra parte, solo hasta entonces quedaron concretados los extremos de tal ejecución (devolución de bienes y cantidades permutadas, y constancia registral de ello). Más en concreto, en la sentencia de 2013 se expresaba que “para que la ejecución realmente resulte efectiva ha de procederse –también– a la devolución de las contraprestaciones contractuales, esto es, del inmueble cedido y de las contraprestaciones realizadas, de resultar ello posible; aspecto este respecto del que no debemos pronunciarnos, por no incluirse referencia alguna al mismo en los autos impugnados”.

En consecuencia, solo hasta conocer el contenido de la sentencia quedaba perfilado el ámbito de ejecución, y, lo que resulta más significativo, solo hasta haberse conocido el mismo por el Ayuntamiento podía el mismo plantearse la posibilidad o imposibilidad de su cumplimiento,

a la vista de la realidad construida. Duda esta que, de forma bastante explícita, apuntaba la STS en el texto antes transcrito, en el qué, si bien se establecía la obligación de las devoluciones, también se advertía, sin pronunciarse, que tales devoluciones se llevarían a cabo “de resultar ello posible”. Solo, pues, hasta ese momento de concreción del ámbito de la ejecución podía plantearse el Ayuntamiento la cuestión relativa a la posibilidad o imposibilidad de ejecución, y, en consecuencia, solo, a partir de ese concreto momento, podía –en su caso– conocerse la concurrencia de causa de imposibilidad de ejecución.

Solo, pues, desde ese momento podía comenzar a computarse el plazo de dos meses previsto en los artículos 104.2 y 105.2 de la LRJCA.

El motivo, pues, decae.

SEXTO.– En el segundo motivo se entiende infringido el mismo artículo 105.2 de la LRJCA y jurisprudencia contenida en las SSTS 16 de marzo y 8 de octubre de 2008, considerando que la entidad TENSA no se encontraba legitimada en absoluto para plantear la imposibilidad de ejecución, rechazando la argumentación de que el Ayuntamiento había hecho suyas las propuestas de la entidad, pues, una cosa es oponerse a la ejecución de la sentencia –para lo que la entidad estaba legitimada–, y, otra muy distinta instar el específico incidente de inejecución previsto en el artículo 105.2 de la LRJCA, considerando que la entidad TENSA puede oponerse a la ejecución pero solo es el Ayuntamiento de Marbella el órgano encargado de promover la inejecución.

Tampoco este motivo puede prosperar. La legitimación para el inicio del procedimiento encaminado a la adopción de la expresada decisión de concurrencia de causa de imposibilidad de ejecución, le corresponde, en concreto, al “órgano –administrativo– obligado al cumplimiento” de la sentencia; órgano, que, de conformidad con lo establecido en el artículo 104.2 de la LRJCA, tendría que haber sido identificado para ante el Tribunal, en el plazo de diez días a contar desde la comunicación de la sentencia a la Administración a través del órgano que hubiese realizado la actividad objeto del recurso.

Al respecto el Tribunal Supremo señaló en la STS de 10 de diciembre de 2003 que:

“Debe tenerse presente que el texto del artículo 105.2 de la L.J. es muy claro: es “el órgano obligado al cumplimiento de la sentencia” quien está legitimado para alegar la imposibilidad material o legal de ejecutarla. Está fuera del texto y del espíritu de la Ley que, frente a la voluntad del Ayuntamiento de ejecutar la sentencia en sus propios términos, sea el demandante quien se oponga a ello”.

De todas formas no conviene olvidar la posibilidad de que fueran los particulares afectados los que instaran –en el ámbito administrativo– la tramitación de un incidente encaminado a decretar la imposibilidad de ejecución de una sentencia, lo que, sin duda, les abriría la vía jurisdiccional en relación con el resultado del mismo. Así en la STS de 26 de septiembre de 2006 se señaló que:

“Al articularse ese motivo de casación se olvida que no es el incidente sobre la imposibilidad legal o material de ejecutar la sentencia un procedimiento para plantear cuestiones que no fueron alegadas en el proceso que finalizó con la sentencia que se trata de ejecutar, sino el cauce para que el órgano obligado al cumplimiento de la sentencia manifieste a la autoridad judicial a través del representante procesal de la Administración, dentro del plazo de dos meses a partir de la comunicación de la sentencia, las causas de imposibilidad legal o material de ejecutarla. En este caso, la Comunidad de Propietarios, constituida sobre el edificio de cuya demolición se trata, en lugar de acudir al Ayuntamiento obligado al cumplimiento de la sentencia para que, de concurrir causas de imposibilidad legal o material para ejecutar la sentencia, así lo manifestase a la Sala de instancia, se ha dirigido directamente a esta solicitando la declaración jurisdiccional de inejecutabilidad legal y material de la sentencia, basándose en que se aprobó un cambio de planeamiento que permite la legalización de lo indebidamente construido en su día y que resulta imposible demolerlo sin dañar el resto del edificio, hechos estos que, junto a la condición de terceros adquirentes de los integrantes de la Comunidad de Propietarios, ha tratado de acreditar con los medios de prueba que el Tribunal a quo se negó a admitir”.

Más recientemente, en la STS de 9 de abril de 2008, el Tribunal Supremo ha insistido en esta misma línea, poniendo de manifiesto que:

“En cuanto a la legitimación para plantear ante el Tribunal al que compete hacer ejecutar la sentencia la imposibilidad material o legal de hacerlo, esta Sala del Tribunal Supremo ha declarado, entre otras, en sus Sentencias de fechas 26 de septiembre de 2006 (recurso de casación 8712/2003), 9 de noviembre de 2006 (recurso de casación 7354/2004) y 24 de enero de 2007 (recurso de casación 140/2004), que, según se deduce de la literalidad del precepto contenido en el referido artículo 105.2 de la Ley de esta Jurisdicción, es el órgano administrativo encargado de su cumplimiento quien lo debe pedir, si bien los afectados por la sentencia están facultados para reclamar de ese órgano obligado al cumplimiento que suscite tal cuestión ante el juez o tribunal competente para ejecutarla, de modo que, si no lo hiciese o se negase a ello,

cabe que los interesados o afectados se dirijan a estos solicitando que se pronuncien acerca de la imposibilidad material o legal de ejecutar la sentencia”.

Pues bien, esto es lo acaecido en el supuesto de autos en el que, efectivamente, fue el Ayuntamiento de Marbella el que –de conformidad con lo previsto en el artículo 105.2 de la LRJCA– formuló la solicitud-propuesta, al Tribunal de instancia, de declaración de imposibilidad de ejecutar la sentencia, si bien, a solicitud previa de la recurrida; solicitud, administrativa, absolutamente compatible con la interpretación que hemos realizado del artículo 105.2 de la LRJCA.

Por su parte, en la STS de 28 de marzo de 2014 (RC 849/2013) hemos expuesto:

“En su escrito de oposición al recurso de casación la representación de la Asociación de afectados por la PLISAN aduce que la Administración del Estado carecía de legitimación para pretender la declaración de imposibilidad de ejecución de la sentencia, pues según el artículo 105.2 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa la petición debería haberla formulado la Administración obligada al cumplimiento del fallo, que en este caso era la Xunta de Galicia por ser la que había aprobado el Proyecto Sectorial que la sentencia anuló.

El planteamiento de la parte recurrida es conforme con la jurisprudencia en la que se declara, en efecto, que la petición de declaración de imposibilidad debe formularla la Administración a la que incumbe la ejecución de la sentencia –en este caso, la Xunta de Galicia–, sin que puedan hacerlo las demás partes en el proceso, si bien estas pueden instar a aquella Administración a que lo solicite y solo ante su negativa o silencio podrán aquellas dirigirse luego a la Sala sentenciadora. En este sentido pueden verse, entre otras, las sentencias de esta Sala de 2 de junio de 2008 (casación 2415/06), 17 de noviembre de 2008 (casación 4285/05), 8 de octubre de 2008 (casación 5665/06) así como la que en esta última se citan de 26 de septiembre de 2006 (casación 8712/03), 9 de noviembre de 2006 (casación 7354/04), 24 de enero de 2007 (casación 140/04) y 9 de abril de 2008 (casación 6742/05).

También interesa dejar constancia de las sentencias del Tribunal Supremo, Sala 3.^a Sección 5.^a de 21 de septiembre de 2017 (ponente: Tolosa Tribiño, César), de 1 de junio de 2018 (ponente: Suay Rincón, José Juan), de 28 de junio de 2018 (ponente: Fernández Valverde, Rafael), y de 11 de julio de 2018 (ponente: Fernández Valverde, Rafael), con los siguientes argumentos:

NOVENO: Siguiendo el criterio precedentemente expuesto, el art. 105 de la LJCA, en su número primero señala que “No podrá suspenderse el

cumplimiento ni declararse la inejecución total o parcial del fallo”. No obstante y como excepción a la regla general, el número dos establece que: “Si concurriesen causas de imposibilidad material o legal de ejecutar una sentencia, el órgano obligado a su cumplimiento lo manifestará a la autoridad judicial a través del representante procesal de la Administración, dentro del plazo previsto en el apartado segundo del artículo anterior; a fin de que, con audiencia de las partes y de quienes considere interesados, el Juez o Tribunal aprecie la concurrencia o no de dichas causas y adopte las medidas necesarias que aseguren la mayor efectividad de la ejecutoria, fijando en su caso la indemnización que proceda por la parte en que no pueda ser objeto de cumplimiento pleno”.

Acerca de tal posibilidad, la jurisprudencia, con carácter general, ha precisado que solo el concurso de circunstancias sobrevenidas que alteren los términos en los que la disputa procesal fue planteada y resuelta por el Tribunal sentenciador puede hacer imposible o dificultar la ejecución de la sentencia (S.TC 41/1993, de 8 de enero); que, por el contrario, la inejecución de la resolución en sus propios términos por conveniencia del ejecutante no supone imposibilidad material ni legal de incumplimiento (S.TC 219/1994, de 18 de julio) y que la existencia de dificultades prácticas no puede excusar la ejecución de las sentencias (S.TC 155/1985, de 12 de noviembre).

En definitiva, como afirma el Auto del Tribunal Supremo de 16 julio 1991, la “imposibilidad debe entenderse en el sentido más restrictivo y estricto, y en términos de imposibilidad absoluta; esto es, absoluta imposibilidad física o clara imposibilidad jurídica de cumplir el fallo. Después de la Constitución no cabe otra interpretación, por ser un básico fundamento del Estado de Derecho instaurado por la misma, el cumplimiento escrupuloso, íntegro y estrecho de las sentencias judiciales en sus propios términos, que no es otra que seguridad jurídica”.

7.6.— Y para la posible estimación de abuso de derecho para la promoción reiterada de incidentes de imposible ejecución vuelve a ser necesario citar las sentencias del Tribunal Supremo, Sala 3.ª, Sección 5.ª, de 21 de septiembre de 2017 (ponente: Tolosa Tribiño, César), de 1 de junio de 2018 (ponente: Suay Rincón, José Juan), de 28 de junio de 2018 (ponente: Fernández Valverde, Rafael), y de 11 de julio de 2018 (ponente: Fernández Valverde, Rafael), en los siguientes particulares:

La segunda cuestión que debemos resolver es si, a la vista de las alegaciones que se contienen en el escrito de oposición al recurso, el planteamiento de este incidente, vistos los precedentes, constituye un supuesto de abuso de derecho que no puede ser objeto de tutela por este Tribunal.

En este sentido, procede recordar que en nuestra sentencia de 16 de mayo de 2014, Recurso Núm.: 1621/2013, señalamos que “Ambos recursos de casación se esgrimen al amparo de lo establecido por el artículo 87.1.c) de la Ley de esta Jurisdicción por entender que el auto recurrido contradice lo ejecutoriado al haberse negado a sustanciar un nuevo incidente de imposibilidad legal de ejecutar la sentencia, en contra de lo establecido concordadamente en los artículos 105.2 y 109 de la misma Ley, que, contrariamente a lo declarado por la Sala de instancia en el auto recurrido, permiten el planteamiento de sucesivos incidentes de imposibilidad legal de ejecutar una sentencia mientras no conste en autos la total ejecución de la misma.

Esta tesis, desarrollada por ambos recurrentes, resulta inadmisibles por ser contraria abiertamente a la literalidad y a la finalidad de lo dispuesto en los referidos artículos 105.2 y 109 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

Es evidente que en este último precepto solo se contempla el planteamiento de cuestiones que no contraríen el contenido del fallo de la sentencia y nada es más contrario a aquel que la imposibilidad de ejecutarlo.

Sin embargo, cabría plantearse si es posible, al amparo de lo establecido en el artículo 105.2 de la misma Ley, promover sucesivos incidentes tendentes a declarar la imposibilidad legal o material de ejecutar la sentencia.

Esta Sala y Sección del Tribunal Supremo ha admitido (Sentencias de 17 de noviembre de 2008 –recurso de casación 4285/2005 –y 9 de febrero de 2009 –recursos de casación 1622/2005 –, entre otras) que el plazo de dos meses, establecido por el citado artículo 105.2 de la Ley Jurisdiccional, no es un plazo de caducidad absoluto, de manera que su inobservancia, si está justificada, no impide promover, transcurrido el plazo de dos meses, el incidente de imposibilidad legal o material de ejecutar las sentencias.

No es este el supuesto que nos ocupa, sino que estamos ante un incidente ya sustanciado de imposibilidad legal de ejecutar una sentencia, en el que se decidió que no concurría la causa alegada y se declaró nula de pleno derecho la nueva ordenación urbanística de la parcela por tener la exclusiva finalidad de eludir el cumplimiento de la sentencia, y el planteamiento de un nuevo incidente por la misma Administración municipal con fundamento en una causa de imposibilidad legal que ya existía al tiempo de haberse promovido el incidente anterior.

Tal pretensión es contraria a lo establecido por el artículo 105.2 de la Ley de esta Jurisdicción y a la jurisprudencia, antes citada, interpreta-

tiva del mismo, y, en definitiva, contradice abiertamente lo dispuesto en los artículos 118 de la Constitución y 103.2 y 3 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, ya que la ejecución de una sentencia firme no puede quedar supeditada indefinidamente a la promoción sucesiva de incidentes de imposibilidad legal o material de ejecución de una sentencia por causas existentes al momento de haberse promovido el primero, y, por tanto, ambos recursos de casación, en cuanto invocan que la Sala de instancia, al negarse a sustanciar un nuevo incidente de inejecución de sentencia, ha conculcado lo establecido concordadamente en los artículos 105.2 y 109 de la Ley de esta Jurisdicción, no pueden prosperar”.

Ocurre sin embargo que, en este supuesto, el argumento de la aplicación del art. 108.3 LJCA, se plantea de forma novedosa (en un recurso anterior se alegó improcedentemente su aplicación en una posición procesal incompatible con la misma), de forma tal, que, pese a lo perturbador del planteamiento de un nuevo incidente, no podemos rechazarlo sin más bajo tal argumento.

7.7.— Y finalmente este apartado, referente a los incidentes de ejecución de sentencia, debe terminar en el sentido de mostrar el limitado cauce de los recursos de casación que se pueden formular contra los pronunciamientos jurisdiccionales que se adopten por los autos de ejecución de sentencia, como se va argumentando, por todas, en la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 3.^a, Sección 5.^a, de 21 de septiembre de 2017 (ponente: Tolosa Tribiño, César), en los siguientes términos:

QUINTO.— Según ha declarado el Tribunal Constitucional (STC núm. 99/1995, de 20 de junio), “en relación con las causas legalmente previstas para que se pueda admitir un recurso de casación contra Autos recaídos en ejecución de sentencia, la única finalidad que persiguen este tipo de recursos radica, estrictamente, en el aseguramiento de la inmutabilidad del contenido de la parte dispositiva del título objeto de ejecución, evitando, de este modo, que una inadecuada actividad jurisdiccional ejecutiva pueda adicionar, contradecir o desconocer aquello que, con carácter firme, haya sido decidido con fuerza de cosa juzgada en el previo proceso de declaración. Se trata, por tanto, de medios de impugnación dirigidos exclusivamente a evidenciar las posibles irregularidades que hubieran podido cometerse en la actuación judicial por la que se dota de efectividad al título sometido a ejecución y, como tales, sujetos a motivos predeterminados de fundamentación que se diferencian claramente de aquellos otros que, con carácter general, fundamentan los recursos de suplicación o casación cuando los mismos persiguen

una finalidad distinta a la de la simple garantía de la integridad de la efectividad del título de ejecución”.

Por su parte, nuestra sentencia de 10 de julio 2014, ha señalado que “Antes de iniciar propiamente el estudio de los motivos concretos de casación relacionados con estas dos cuestiones, se hace preciso reparar también en la específica regulación de la casación de los autos recaídos en incidentes de ejecución de sentencias, a fin de deducir de ello las consecuencias procedentes. No todos los autos recaídos en incidentes de ejecución de sentencias, en efecto, son recurribles en casación, ni tampoco tienen acceso a ella cualesquiera de los motivos enunciados al amparo de las distintas letras del artículo 88.1 de la Ley jurisdiccional. Se trata de un recurso de casación realmente ‘sui generis’, porque, de acuerdo con el artículo 87.1 c), que es el precepto que se refiere específicamente al supuesto que nos ocupa, solo cabe la casación si tales autos entran en contradicción con el contenido del fallo de la sentencia o se exceden de sus términos, o porque resuelven directa o indirectamente cuestiones no decididas por ella (Sentencia de 13 de diciembre de 2006 –RC 8935/2003– y de 19 de noviembre de 2008 –RC 2760/2005–). Así, pues, no procede en estos casos el enjuiciamiento de la actuación de la Sala de instancia, con carácter general, por los errores ‘in procedendo’ o ‘in iudicando’ en que aquella hubiera podido incurrir, como sucede en la generalidad de los recursos de casación, sino solo en la medida en que los autos recaídos en ejecución se aparten o estén en contradicción con el contenido del fallo de la sentencia. Por decirlo de otra forma, en supuestos como el que estamos examinando, no cabe con carácter general aducir un defecto en la motivación de la sentencia o una falta de congruencia, al amparo del artículo 88.1 c) de la Ley jurisdiccional, para fundar un recurso de casación únicamente por la expresada circunstancia; como tampoco cabría impetrar solo una arbitraria e irracional valoración de la prueba o una vulneración de un determinado precepto legal (por ejemplo, el artículo 140 LRJAP –PAC) y acudir a la vía del artículo 88.1 d) de la Ley jurisdiccional, con el mismo propósito”.

8

Consideraciones previas al incidente del artículo 108.3 LJCA

En ese marco complejo de labores a desarrollar en la ejecución de sentencias firmes de derribo interesa ahora centrar el examen en la vía del artículo 108.3 LJCA, que procede relacionarlo en su concreta ubicación. Así, en el artículo 108 LJCA,

relativo al cumplimiento de las sentencias y medidas a adoptar, introducido con valor de ley ordinaria por las disposiciones finales 3.^a y 5.^a de la Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, a resultas de una enmienda del Senado, que dispone:

Artículo 108.

1. Si la sentencia condenare a la Administración a realizar una determinada actividad o a dictar un acto, el Juez o Tribunal podrá, en caso de incumplimiento:

a) Ejecutar la sentencia a través de sus propios medios o requiriendo la colaboración de las autoridades y agentes de la Administración condenada o, en su defecto, de otras Administraciones públicas, con observancia de los procedimientos establecidos al efecto.

b) Adoptar las medidas necesarias para que el fallo adquiera la eficacia que, en su caso, sería inherente al acto omitido, entre las que se incluye la ejecución subsidiaria con cargo a la Administración condenada.

2. Si la Administración realizare alguna actividad que contraviniera los pronunciamientos del fallo, el Juez o Tribunal, a instancia de los interesados, procederá a reponer la situación al estado exigido por el fallo y determinará los daños y perjuicios que ocasionare el incumplimiento.

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

Ya de entrada no resulta ocioso indicar que su ubicación no se halla para los supuestos de suspensión o de imposible ejecución de sentencias del artículo 105 LJCA.

8.1 El Código Penal

La protección de los terceros de buena fe más allá de las disposiciones de la Ley Hipotecaria, sobre la que a continuación volveremos, ya iba teniendo una consideración especial en sede de demolición de la obra y la reposición a su estado originario de la realidad física alterada en las disposiciones del Código Penal –Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre–, siendo de destacar las disposiciones siguientes:

TÍTULO XVI. De los delitos relativos a la ordenación del territorio y el urbanismo, la protección del patrimonio histórico y el medio ambiente.

CAPÍTULO PRIMERO. De los delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo.

ARTÍCULO 319.

1. Se impondrán las penas de prisión de un año y seis meses a cuatro años, multa de doce a veinticuatro meses, salvo que el beneficio obtenido por el delito fuese superior a la cantidad resultante en cuyo caso la multa será del tanto al triplo del montante de dicho beneficio, e inhabilitación especial para profesión u oficio por tiempo de uno a cuatro años, a los promotores, constructores o técnicos directores que lleven a cabo obras de urbanización, construcción o edificación no autorizables en suelos destinados a viales, zonas verdes, bienes de dominio público o lugares que tengan legal o administrativamente reconocido su valor paisajístico, ecológico, artístico, histórico o cultural, o por los mismos motivos hayan sido considerados de especial protección.

2. Se impondrá la pena de prisión de uno a tres años, multa de doce a veinticuatro meses, salvo que el beneficio obtenido por el delito fuese superior a la cantidad resultante en cuyo caso la multa será del tanto al triplo del montante de dicho beneficio, e inhabilitación especial para profesión u oficio por tiempo de uno a cuatro años, a los promotores, constructores o técnicos directores que lleven a cabo obras de urbanización, construcción o edificación no autorizables en el suelo no urbanizable.

3. 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 aquellas. En todo caso se dispondrá el decomiso de las ganancias provenientes del delito cualesquiera que sean las transformaciones que hubieren podido experimentar.

4. En los supuestos previstos en este artículo, cuando fuere responsable una persona jurídica de acuerdo con lo establecido en el art. 31 bis de este Código se le impondrá la pena de multa de uno a tres años, salvo que el beneficio obtenido por el delito fuese superior a la cantidad resultante en cuyo caso la multa será del doble al cuádruple del montante de dicho beneficio.

Atendidas las reglas establecidas en el art. 66 bis, los Jueces y Tribunales podrán asimismo imponer las penas recogidas en las letras b) a g) del apartado 7 del art. 33”.

...

CAPÍTULO II. De los delitos sobre el patrimonio histórico.

ARTÍCULO 321.

Los que derriben o alteren gravemente edificios singularmente protegidos por su interés histórico, artístico, cultural o monumental serán castigados con las penas de prisión de seis meses a tres años, multa de doce a veinticuatro meses y, en todo caso, inhabilitación especial para profesión u oficio por tiempo de uno a cinco años.

En cualquier caso, los Jueces o Tribunales, motivadamente, podrán ordenar, a cargo del autor del hecho, la reconstrucción o restauración de la obra, sin perjuicio de las indemnizaciones debidas a terceros de buena fe.

El régimen establecido destacaba por su falta de previsión en lo contencioso-administrativo.

8.2

La doctrina jurisprudencial contencioso-administrativa en relación con el artículo 34 de la Ley Hipotecaria

Otro factor enlazado y precedente a la generación del artículo 108.3 LJCA seguramente ha ido siendo la doctrina establecida en lo contencioso-administrativo con ocasión del principio de subrogación real y con el artículo 34 de la Ley Hipotecaria, y que cabe resumir en los dictados de las sentencias del Tribunal Supremo, Sala 3.^a, Sección 5.^a, de 3 de noviembre de 2015 (ponente: Suay Rincón, José Juan) y de 14 de julio de 2016 (ponente: Tolosa Tribiño, César), y las que en ellas se citan, en los siguientes términos:

DÉCIMO.– En lo que se refiere a la alegada condición de la recurrente como tercera de buena fe y los posibles efectos que tal condición pudiera tener en orden a la demolición de lo ilegalmente construido, la Sentencia de esta Sala de de 12 de mayo de 2006 señaló que: “los terceros adquirentes del edificio cuyo derribo se ordena, o de sus elementos independientes, ni están protegidos por el artículo 34 de la Ley Hipotecaria, ni están exentos de soportar las actuaciones materiales que lícitamente sean necesarias para ejecutar la sentencia; su protección jurídica se mueve por otros cauces, cuales pueden ser los con-

ducentes 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. No están protegidos por el artículo 34 de la Ley Hipotecaria porque este protege el derecho real, que pervive aunque después se anule o resuelva el del otorgante o transmitente; pero no protege la pervivencia de la cosa objeto del derecho cuando esta, la cosa, ha de desaparecer por imponerlo así el ordenamiento jurídico. Y no están exentos de soportar aquellas actuaciones materiales porque el nuevo titular de la finca queda subrogado en el lugar y puesto del anterior propietario en sus derechos y deberes urbanísticos, tal y como establece el artículo 21.1 de la Ley 6/1998 y establecían, antes, los artículos 22 del Texto Refundido aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1992 y 88 del aprobado por el Real Decreto 1346/1976”.

En el mismo sentido, se pronuncia la STS de 26 de septiembre de 2006, cuando razona que: “El que los propietarios, que forman parte de la Comunidad recurrente, tengan la condición de terceros adquirentes de buena fe carece de trascendencia a los efectos de impedir la ejecución de una sentencia que impone la demolición del inmueble de su propiedad por no ajustarse a la legalidad urbanística, pues la fe pública registral y el acceso de sus derechos dominicales al Registro de la Propiedad no subsana el incumplimiento del ordenamiento urbanístico, ya que los sucesivos adquirentes del inmueble se subrogan en los deberes urbanísticos del constructor o del propietario inicial, de manera que cualquier prueba tendente a demostrar la condición de terceros adquirentes de buena fe con su derecho inscrito en el Registro de la Propiedad carece de relevancia en el incidente sustanciado.

(...) frente a los deberes derivados del incumplimiento de la legalidad urbanística no cabe aducir la condición de tercero adquirente de buena fe amparado por el acceso de su derecho de dominio al Registro de la Propiedad, puesto que, 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 solo pesa sobre quien realizó la edificación ilegal sino sobre los sucesivos titulares de la misma, sin perjuicio de la responsabilidad en que aquel hubiese podido incurrir por los daños y perjuicios causados a estos”.

8.3

Las iniciativas de las comunidades autónomas para terceros de buena fe

También interesa dejar constancia de las infructuosas iniciativas de las comunidades autónomas, que, si bien trataban de mostrar esfuerzos sobre los derechos de terceros de buena fe, se dirigían también a incidir sobre la ejecución de sentencias censurada por el Tribunal Constitucional.

a) Así en la Sentencia de la Sala 2.^a del Tribunal Constitucional 92/2013, de 22 de abril (ponente: Pérez de los Cobos, Francisco), en relación con la Ley 2/2011, de 4 de abril, por la que se modifica 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, cuyo artículo 2 introdujo la disposición adicional sexta, del siguiente tenor:

Disposición Adicional Sexta. Tramitación de los expedientes en materia responsabilidad patrimonial derivada de actuaciones en materia urbanística

1. *En los términos de la legislación estatal, los particulares tendrán derecho a ser indemnizados por las Administraciones Públicas de la Comunidad Autónoma de Cantabria de toda lesión que sufran como consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos en materia urbanística.*

2. *En el supuesto de concurrencia de varias Administraciones Públicas en la producción del daño, se articularán mecanismos de coordinación a fin de procurar que por acuerdo entre las mismas se fije la cuantía y modalidades de la indemnización, así como el porcentaje de responsabilidad de cada una atendiendo al grado de participación en la actuación de la que se derive el daño.*

3. *A los efectos de lo dispuesto en el apartado anterior, la Administración que tramite un expediente de responsabilidad patrimonial, tan pronto advierta que en la producción del daño pudiera estar implicada otra Administración, deberá comunicárselo a esta, poniéndole el expediente de manifiesto con exposición razonada de los motivos en que se pudiera amparar su eventual responsabilidad. Esta decisión se comunicará igualmente a los interesados y podrá determinar la suspensión del plazo para resolver de conformidad con lo establecido en el art. 42.5.e) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.*

4. 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.

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.

El procedimiento para determinar la responsabilidad y su cuantía deberá finalizar y, en su caso, establecer el importe a indemnizar en el plazo de seis meses desde su inicio, en la forma que determina la normativa sobre responsabilidad patrimonial de la Administración.

En el plazo de tres meses desde la finalización del procedimiento de determinación de la responsabilidad y de su cuantía, la Administración deberá poner a disposición del perjudicado la cantidad establecida.

Solo 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 este a disposición del perjudicado.

En todo caso, el Gobierno de Cantabria adoptará todas las medidas precisas para impedir que, como consecuencia de una sentencia que ordene la demolición de una vivienda que constituya el domicilio habitual de un propietario de buena fe, se produzcan situaciones de desamparo, procurando los medios materiales para su realojo provisional inmediato y su traslado.

Sentencia del Tribunal Constitucional 92/2013, de 22 de abril, que merece transcribirse en los siguientes particulares:

CUARTO.– Centrada la cuestión a resolver en la pretendida vulneración de la competencia estatal exclusiva sobre legislación procesal (art. 149.1 6 CE) por el párrafo 5º del apartado cuarto de la disposición adicional sexta cuestionada por el TSJ de Cantabria, bueno será recordar la doctrina constitucional sobre el reparto competencial en esta materia, últimamente recogida en la STC 21/2012, de 16 de febrero. En ella, sirviéndonos de la STC 47/2004, de 25 de marzo, la resumíamos en los siguientes términos: –“en primer lugar, que la atribución al Estado de la competencia exclusiva sobre legislación procesal responde a la necesidad de salvaguardar la uniformidad de los instrumentos jurisdiccionales [SSTC 71/1982, de 30 de noviembre, FJ 20; 83/1986, de 26 de

junio, FJ 2; 173/1998, de 23 de julio, FJ 16 c)]; en segundo lugar, que la competencia asumida por las Comunidades Autónomas al amparo de la salvedad recogida en el art. 149.1.6 CE no les permite, sin más, introducir en su ordenamiento normas procesales por el mero hecho de haber promulgado regulaciones de Derecho sustantivo en el ejercicio de sus competencias, esto es, innovar el ordenamiento procesal en relación con la defensa jurídica de aquellos derechos e intereses que materialmente regulen, lo que equivaldría a vaciar de contenido o privar de todo significado a la especificidad con que la materia procesal se contempla en el art. 149.1.6 CE, sino que, como indica la expresión –necesarias especialidades– del citado precepto constitucional, tan solo pueden introducir aquellas innovaciones procesales que inevitablemente se deduzcan, desde la perspectiva de la defensa judicial, de las reclamaciones jurídicas sustantivas configuradas por la norma autonómica en virtud de las particularidades del Derecho creado por la propia Comunidad Autónoma, o, dicho en otros términos, las singularidades procesales que se permiten a las Comunidades Autónomas han de limitarse a aquellas que, por la conexión directa con las particularidades del Derecho sustantivo autonómico, vengan requeridas por estas (SSTC 71/1982, de 30 de noviembre, FJ 20; 83/1986, de 26 de junio, FJ 2; 121/1992, de 28 de septiembre, FJ 4; 127/1999, de 1 de julio, FJ 5), correspondiendo al legislador autonómico o, en su defecto, a quienes asuman la defensa de la ley en su caso impugnada, ofrecer la suficiente justificación sobre la necesidad de alterar las reglas procesales comúnmente aplicables por venir requeridas por las particularidades del Derecho sustantivo autonómico, salvo que del propio examen de la Ley se puedan desprender o inferir esas –necesarias especialidades– (STC 127/1999, de 1 de julio, FJ 5)” [STC 47/2004, de 25 de marzo, FJ 4; doctrina reiterada en las SSTC 243/2004, de 16 de diciembre, FJ 6, y 135/2006, de 27 de abril, FJ 2 e)].

Igualmente, la referida Sentencia 47/2004, en su fundamento jurídico 5, aporta las premisas en que ha de descansar el entendimiento de la salvedad competencial “necesarias especialidades”, señalando que la primera operación jurídica ha de ser la de determinar cuál es en este caso el Derecho sustantivo autonómico, “pues solamente a las particularidades que presente tal Derecho se les reconoce por el constituyente capacidad para justificar, en su caso, una normación autonómica específica en el orden procesal. El segundo estadio de nuestro análisis consistirá en señalar respecto de qué legislación procesal estatal, y por tanto general o común, se predicen las eventuales especialidades de orden procesal

incorporadas por el legislador... Finalmente, habremos de indagar si entre las peculiaridades del ordenamiento sustantivo ... y las singularidades procesales incorporadas por el legislador ... en la Ley impugnada, existe una conexión directa tal que justifique las especialidades procesales, es decir, que las legitime como –necesarias– en los términos de la cláusula competencial del art. 149.1.6 CE, teniendo presente que la necesidad a que esta se refiere no puede ser entendida como absoluta, pues tal intelección del precepto constitucional dejaría vacía de contenido y aplicación la habilitación competencial que este reconoce en favor de las Comunidades Autónomas”–.

QUINTO.– En el presente supuesto tanto el Parlamento como el Gobierno de Cantabria consideran que la constitucionalidad de la norma impugnada no deriva de que introduzca una especialidad material que justifique un régimen procesal singular, sino que sostienen que el legislador autonómico no ha hecho sino ordenar el procedimiento a seguir cuando en ejecución de sentencias firmes o actos administrativos ha de demolerse una edificación, insertando en dicho procedimiento los trámites para la determinación de la responsabilidad patrimonial en que pudiera haber incurrido la Administración urbanística y su satisfacción. Se trataría por tanto de una norma que tendría cobertura constitucional en sus competencias en materia de organización administrativa, urbanismo, vivienda y asistencia y bienestar social, dejando intactas las potestades de ejecución del órgano judicial y, consecuentemente, sin constituir especialidad procesal alguna. Del mismo parecer, en cuanto a que en la disposición impugnada no se introduce especialidad material alguna, son el Abogado del Estado y el Ministerio Fiscal. El primero recuerda que el supuesto generador de la responsabilidad se encuentra ya recogido en los arts. 142 LRJ-PAC, 35.d) TRLS y 44.2 LRSV; y el Ministerio Fiscal pone de relieve que, a tenor de lo dispuesto en el apartado 1º de la disposición adicional sexta, la responsabilidad patrimonial por el funcionamiento de los servicios públicos se reconoce “en los términos de la legislación estatal”.

La respuesta que hemos de dar a la argumentación vertida para justificar la competencia autonómica para dictar la norma en cuestión ha de partir necesariamente de la constatación de que tal norma incide en la ejecución de las sentencias que lleven aparejado el derribo de edificaciones condicionando la materialización del derribo acordado a que se tramite y resuelva el procedimiento de responsabilidad patrimonial, así como, en su caso, a que se pague la indemnización que se pudiera acordar en él. Muestra de ello es la solicitud de suspensión que ha for-

mulado la Administración demandada en el proceso a quo y para cuya resolución se considera determinante la constitucionalidad de la norma que establece tal condicionamiento. Pues bien, la tesis sostenida por la Comunidad Autónoma parte de una concepción de las potestades que se encuentran en juego en la ejecución de las sentencias judiciales que no se ajusta al modelo constitucional tal como ha sido interpretado por nuestra doctrina, pues viene a identificar la ejecución de las sentencias como una función o potestad exclusivamente administrativa, desconociendo el sistema que se deriva de los arts. 117.3 y 118 CE, cuyo desarrollo normativo se encuentra, en lo que al orden contencioso-administrativo de la jurisdicción que ahora interesa, en los arts. 103 y ss. de la Ley 28/1988, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, y sobre el que este Tribunal ya se ha pronunciado en alguna ocasión por referencia al enfoque constitucional con el que había de ser interpretada la precedente Ley reguladora de esa jurisdicción, de 27 de diciembre de 1956.

Así, en la temprana STC 67/1984, de 7 de junio, con ocasión de enjuiciar una denuncia de vulneración del derecho a la intangibilidad de las resoluciones judiciales firmes en el seno de una ejecución de Sentencia dictada en materia urbanística, tuvimos ocasión de pronunciarnos sobre la naturaleza de la actividad desenvuelta por la Administración al ejecutar una Sentencia del orden contencioso-administrativo. Afirmamos entonces en el FJ 3 que una interpretación constitucionalmente conforme de la legalidad preconstitucional entonces vigente (LJCA de 1956) permite afirmar que:

“A) Es obligado para la Administración que hubiera dictado el acto o disposición objeto del recurso, la ejecución de la Sentencia recaída (art. 118 de la Constitución).

B) la ejecución de la Sentencia corresponde, en principio, al órgano que hubiere dictado el acto o disposición objeto del recurso (art. 103 de la L.J.C.A.), debiendo interpretarse esta competencia no como la atribución de una potestad, sino como la concreción del deber de cumplir lo decidido por las Sentencias y resoluciones firmes –que constituye en cada caso una obligación para la Administración–, y de prestar la colaboración requerida por los Jueces y Tribunales en sus resoluciones firmes dictadas en ejecución de Sentencias (art. 118 de la Constitución)”. Señalando más adelante en esta resolución que, cuando la Sentencia se incumpla por la Administración, el órgano judicial deberá adoptar las medidas que considere procedentes para el cumplimiento de lo mandado, precisamente porque “desde la perspectiva constitucional que ahora

interesa debe señalarse que corresponde exclusivamente al mismo [al órgano judicial] hacer “ejecutar lo juzgado— de acuerdo con las Leyes (art. 117.3 de la Constitución) y requerir las colaboraciones que estime precisas (art. 118 de la misma)”.

La misma concepción jurisdiccional de la actividad desarrollada en la ejecución de sentencias condujo a desestimar la aducida vulneración del derecho a la inviolabilidad del domicilio en la STC 160/1991, de 18 de julio. Rechazamos entonces que la demolición de ciertas edificaciones llevada a cabo por la Administración tras la desestimación de un recurso contencioso-administrativo sobre expropiación de viviendas para la construcción de un embalse, precisase autorización judicial específica. A tal efecto afirmábamos que “no estamos, por tanto, ante una actividad de la Administración de ejecución forzosa de sus propios actos amparada en el privilegio de la denominada autotutela administrativa, sino ante la ejecución de resoluciones judiciales firmes que autorizaron a la Administración a desalojar y derribar las viviendas expropiadas conforme a Derecho. Se trata, pues, de ejecución de Sentencias —y no de actos administrativos—, que en principio corresponde al órgano que hubiere dictado el acto o disposición objeto del recurso (art. 103 L.J.C.A.), debiendo interpretar esta competencia, tal y como hemos declarado, no como la atribución de una potestad, sino como la concreción del deber de cumplir lo decidido por la Sentencia (STC 67/1984).”

Y lo mismo cabe apreciar en la STC 92/1989, de 27 de abril, en la cual justificamos la anulación de ciertas resoluciones administrativas no expresamente impugnadas porque se insertaban en el acto de ejecución de Sentencia objeto directo del recurso de amparo, “siendo aplicable al caso la doctrina de las SSTC 67/1984 y 160/1991, según la cual debe interpretarse esta competencia (de ejecución de sentencias) —no como la atribución de una potestad, sino como la concreción del deber de cumplir lo decidido por la Sentencia—. De lo anterior se deduce que en el sistema constitucional que deriva de los arts. 117.3 y 118 CE, corresponde a los Juzgados y Tribunales, con carácter exclusivo, la función de ejecutar lo juzgado “en todo tipo de procesos”, esto es, también en los procesos contencioso-administrativos, rompiéndose así con situaciones precedentes en las que la Administración retenía la potestad de ejecución. De este modo, mientras que, cuando de la ejecución de un acto administrativo se trata, la Administración ejercita potestades propias de autotutela administrativa que le permiten llevar a efecto sus propias determinaciones, cuando se encuentra dando cumplimiento a una resolución judicial, su actuación se justifica en la obligación de cumplir las

sentencias y demás resoluciones judiciales –art. 118 CE–, así como en el auxilio, debido y jurídicamente ordenado, a los órganos judiciales para el ejercicio de su potestad exclusiva de hacer ejecutar lo juzgado –art. 117.3 CE–.

SEXO.– La conclusión de lo anteriormente expuesto es que la norma cuestionada incide en la regulación de la ejecución de sentencias mediante la introducción de un trámite (el de determinación de la eventual responsabilidad patrimonial en que pudiera haber incurrido la Administración urbanística) 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. Tal regulación, como acabamos de ver, no tiene cobertura competencial en los títulos aducidos por los órganos de la Comunidad Autónoma, de modo que se invade la competencia exclusiva del Estado en materia de legislación procesal prevista en el art. 149.1 6 CE, sin que, tal como admiten todos los que han intervenido en este proceso constitucional, concorra especialidad alguna en el derecho sustantivo autonómico que lo justifique en términos constitucionalmente admisibles conforme al indicado precepto constitucional. 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 lo que resulta incompatible con la reserva estatal en materia de legislación procesal –art. 149.1.6 CE– es que el legislador autonómico establezca una causa de suspensión o aplazamiento de la ejecución de las sentencias que han de ejecutarse mediante el derribo de edificaciones, máxime cuando el precepto legal no condiciona la efectividad de la demolición judicialmente acordada al transcurso de los plazos para resolver el expediente de responsabilidad patrimonial, sino a su efectiva resolución y al pago de la indemnización acordada, de suerte que la ejecución de la sentencia termina por escapar del control judicial, único competente para hacer ejecutar lo juzgado a tenor de lo dispuesto en el art. 117.3 CE que resulta igualmente vulnerado.

SÉPTIMO.– Resta por precisar el alcance de la declaración de inconstitucionalidad que hemos apreciado. Ya hemos señalado que nuestro enjuiciamiento se reduce, en razón del juicio de aplicabilidad de la norma cuestionada, al párrafo quinto del apartado 4, así como al apartado 5 de la disposición adicional sexta. Ahora bien, el condicionante de las demoliciones que en este precepto se establece, es aplicable tanto a las

que han sido acordadas en un procedimiento administrativo como a las que han de materializarse en ejecución de una resolución judicial, siendo este último el caso al que se ciñe la tacha de inconstitucionalidad que apreciamos y sobre el que únicamente nos pronunciamos atendida la conexión con el proceso a quo que es propia de la cuestión de constitucionalidad. De ahí que la declaración de inconstitucionalidad del párrafo quinto del apartado 4 se limite a los supuestos de ejecución de resoluciones judiciales. Por lo que se refiere al apartado 5º de la disposición adicional cuestionada, es claro que el precepto resulta inocuo una vez declarada la inconstitucionalidad del apartado 4 en su párrafo quinto, pues en nada condiciona las potestades jurisdiccionales de ejecución de sus propias resoluciones el hecho de que la norma cuestionada obligue a la Administración a poner en conocimiento de los órganos judiciales la existencia y tramitación de un expediente de responsabilidad patrimonial que encuentre origen en la actividad administrativa enjuiciada en el proceso que se encuentra en fase de ejecución.

Ahora bien, no es menos cierto que la obligación de comunicación al órgano judicial de la que ahora tratamos solo tiene el sentido de garantizar el efecto paralizador de la ejecución que se desprende del apartado 4º en el aspecto que hemos apreciado inconstitucional, y, de otro lado, su supresión ni distorsiona las determinaciones del precepto legal que son constitucionalmente conformes, ni impide que los órganos administrativos pongan en conocimiento de los órganos judiciales la existencia de un procedimiento de responsabilidad patrimonial en trámite para su toma en consideración en la ejecución de sentencia en los términos a que hemos hecho referencia en esta resolución. En consecuencia, la inconstitucionalidad del apartado 4º, apartado quinto, lleva consigo la del apartado 5º atendida su relación de dependencia y la mayor claridad de la norma resultante del control de constitucionalidad que a este Tribunal incumbe.

FALLO

PRIMERO.— Estimar parcialmente la presente cuestión de inconstitucionalidad y, en consecuencia, declarar la inconstitucionalidad y nulidad de los siguientes apartados de la disposición adicional sexta de la Ley 2/2001, de 25 de junio, de Ordenación Territorial y del Régimen Urbanístico del Suelo de Cantabria, introducida por el art. 2 de la Ley de Cantabria 2/2011, de 4 de abril:

- a) Del párrafo quinto del apartado 4º, tan solo en cuanto se refiere a los procesos de ejecución de resoluciones judiciales.*
- b) Del apartado 5º en su totalidad.*

SEGUNDO.— *Desestimar la cuestión de inconstitucionalidad en todo lo demás. Publíquese esta Sentencia en el “Boletín Oficial del Estado”.*

b) Así también la Sentencia de la Sala 2.^a del Tribunal Constitucional 82/2014, de 28 de mayo (ponente: Valdés Dal-Re, Fernando), en relación con la disposición adicional sexta de la Ley 8/2012, de 29 de junio, de Vivienda de Galicia, en cuanto se disponía:

Disposición Adicional Sexta. Derecho a la vivienda y necesaria asunción por la Administración de sus responsabilidades económicas con carácter previo a la demolición e impedimento de usos.

1. Los titulares de las viviendas construidas al amparo de un título anulado tienen 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.

En estos supuestos será aplicable lo dispuesto en la legislación urbanística para las actuaciones de reposición de la legalidad urbanística en los casos de obras rematadas sin licencia y lo previsto en el presente artículo para garantizar la necesaria asunción por la Administración de sus responsabilidades económicas con carácter previo a la demolición.

2. A estos efectos, 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.

3. En todo caso, durante la tramitación del expediente de responsabilidad patrimonial, el inmueble se considerará incurso en la situación de fuera de ordenación y sujeto al régimen previsto en el art. 103 de la Ley 9/2002, de ordenación urbanística y protección del medio rural de Galicia.

4. Todos los legitimados en el procedimiento de reposición de la legalidad urbanística, incluidas las administraciones que, en su caso, hubiesen solicitado la anulación, se considerarán igualmente legitimados en el procedimiento de responsabilidad patrimonial.

5. En ningún caso corresponderá la indemnización si existe dolo, culpa o negligencia grave imputable al perjudicado.

En los casos de concurrencia de negligencia no grave del titular de la vivienda podrá reducirse el importe de la indemnización en la proporción correspondiente a su grado.

La indemnización que, en su caso, se determine podrá incluir los daños y perjuicios derivados de la demolición, pero su pago quedará condicionado al abandono de la vivienda y a su puesta a disposición de la administración obligada a materializar aquella.

6. Cuando la propuesta de resolución o la propuesta de terminación convencional del procedimiento estimen la existencia de responsabilidad patrimonial de la Administración y para el pago fuese necesaria una modificación presupuestaria, deberá solicitarse del órgano competente para su aprobación dentro del plazo de resolución del procedimiento.

7. Si la resolución del procedimiento determina la existencia de responsabilidad patrimonial de la Administración concedente del título y el derecho a una indemnización a la persona titular de la vivienda, la Administración deberá proceder a ejecutar la demolición del inmueble y a impedir definitivamente los usos a que diese lugar. 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.

8. Si la resolución del procedimiento determina la inexistencia de responsabilidad patrimonial de la administración concedente del título, 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.

9. La Comunidad Autónoma, igualmente, podrá incluir como una situación excepcional en el régimen de acceso a una vivienda protegida, en consonancia con lo establecido en el art. 64 de la presente ley, a las personas titulares de viviendas construidas al amparo de un título anulado y siempre que aquella constituyese su vivienda habitual.

Sentencia del Tribunal Constitucional 82/2014, de 28 de mayo, que razonó en la parte suficiente lo siguiente:

TERCERO.– El apartado 1 de la disposición adicional sexta de la Ley 8/2012 de Galicia reconoce 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 que pudiera corresponderles. A estos efectos, el apartado 2 dispone que 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, llevará consigo, como efecto legal necesario, la apertura de oficio del procedimiento de responsabilidad patrimonial.

Como puede apreciarse, y ciñéndonos a lo que directamente afecta al proceso a quo, la disposición cuestionada marca así tres hitos indisolublemente unidos:

(i) La sentencia firme que conlleve la demolición del inmueble determina la necesaria apertura del (ii) procedimiento de responsabilidad patrimonial, del que a su vez surge el (iii) derecho a residir en el inmueble. El apartado 1 fija asimismo la duración de este derecho de residencia, condicionado a la resolución del referido procedimiento administrativo. El resto de la disposición concreta que tal derecho se extingue, bien con el pago o consignación de la indemnización (apartado 7), bien con la declaración de inexistencia de responsabilidad patrimonial (apartado 8). Como señala el Auto de planteamiento y alegan tanto el Abogado del Estado como el Fiscal General del Estado, para la resolución de este proceso resulta plenamente aplicable la STC 92/2013, pues también ahora estamos ante una norma que “incide en la ejecución de las sentencias que lleven aparejado el derribo de edificaciones condicionando la materialización del derribo acordado a que se tramite y resuelva el procedimiento de responsabilidad patrimonial, así como, en su caso, a que se pague la indemnización que se pudiera acordar en él” (FJ 5).

Por tanto, procede remitirse íntegramente a lo allí razonado para concluir que la disposición adicional sexta de la Ley del Parlamento de Galicia 8/2012, aquí cuestionada, también “incide en la regulación de la ejecución de sentencias mediante la introducción de un trámite (el de determinación de la eventual responsabilidad patrimonial en que pudiera haber incurrido la Administración urbanística) 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. Tal regulación, como acabamos de ver, no tiene cobertura competencial en los títulos aducidos por los órganos de la Comunidad Autónoma, de modo que se invade la competencia exclusiva del Estado en materia de legislación procesal prevista en el art. 149.1 6 CE, sin que, tal como admiten todos los que han intervenido en este proceso constitucional, concurra especialidad alguna en el derecho sustantivo autonómico que lo justifique en términos constitucionalmente admisibles conforme al indicado precepto constitucional” (FJ 6).

Contrariamente a lo alegado por las representaciones procesales de la Xunta y el Parlamento de Galicia, esta conclusión no se ve enervada por la diferente articulación técnica que presentan las disposiciones cántabra, enjuiciada en la STC 92/2013, y gallega, objeto de este proceso. Como ya hemos señalado, la disposición aquí cuestionada reconoce un

derecho a residir en el inmueble mientras se sustancia un procedimiento de responsabilidad patrimonial, derecho cuya efectividad, evidentemente, es rigurosamente incompatible, en su perspectiva material, con la consecución de la demolición ordenada por orden judicial. Por ello, tiene el mismo efecto paralizador de la ejecución de sentencias cuya inconstitucionalidad ya quedó determinada en la STC 92/2013.

Ciertamente, en la misma sentencia añadimos entonces, y corroboramos ahora, una consideración adicional que por su indudable relevancia conviene asimismo reproducir: “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 lo que resulta incompatible con la reserva estatal en materia de legislación procesal –art. 149.1.6 CE– es que el legislador autonómico establezca una causa de suspensión o aplazamiento de la ejecución de las sentencias que han de ejecutarse mediante el derribo de edificaciones, máxime cuando el precepto legal no condiciona la efectividad de la demolición judicialmente acordada al transcurso de los plazos para resolver el expediente de responsabilidad patrimonial, sino a su efectiva resolución y al pago de la indemnización acordada, de suerte que la ejecución de la sentencia termina por escapar del control judicial, único competente para hacer ejecutar lo juzgado a tenor de lo dispuesto en el art. 117.3 CE que resulta igualmente vulnerado” (FJ 6).

CUARTO.– Atendida la conexión con el proceso a quo, la interferencia constitucionalmente ilegítima que produce la disposición cuestionada se refiere únicamente a la demolición de viviendas acordada en la fase de ejecución de sentencia.

Por este motivo, la declaración de inconstitucionalidad se ciñe al inciso “o sentencia” del apartado 2 de la disposición adicional sexta de la Ley del Parlamento de Galicia 8/2012. Una vez depurada de este inciso, la disposición regula únicamente el procedimiento a seguir cuando la anulación del título que conlleve la reposición de la legalidad urbanística y la demolición de lo construido se produzca mediante acto administrativo firme, en el que 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.

FALLO

PRIMERO.– Estimar parcialmente la cuestión de inconstitucionalidad núm. 6037-2013 y, en consecuencia, declarar la inconstitucionalidad y

nulidad del inciso “o sentencia” del apartado 2 de la disposición adicional sexta de la Ley 8/2012, de 29 de junio, de vivienda de Galicia.

SEGUNDO.– Desestimar la cuestión de inconstitucionalidad en todo lo demás.

c) La Sentencia de la Sala 2.^a del Tribunal Constitucional 149/2014, de 22 de septiembre (ponente: Asúa Batarrita, Adela), en relación con la disposición adicional sexta de la Ley 8/2012, de 29 de junio, de Vivienda de Galicia, ya relacionada anteriormente, en cuanto se disponía:

CUARTO.– Quedando, por tanto, centrado nuestro examen en el párrafo primero del apartado 1 de la disposición adicional sexta, se hace preciso recordar que la duda de constitucionalidad planteada por el órgano judicial ha sido resuelta por la reciente STC 82/2014, de 28 de mayo, en la que, analizando la constitucionalidad de los apartados 1 y 2, hemos declarado inconstitucional y nulo el inciso “o sentencia” del apartado 2 de dicha disposición, en aplicación de la doctrina establecida en la previa STC 92/2013, de 22 de abril, por considerar que resultaba incompatible con la reserva estatal en materia de legislación procesal ex artículo 149.1.6 CE que el legislador autonómico estableciera una causa de suspensión o aplazamiento de la ejecución de las Sentencias que han de ejecutarse mediante el derribo de edificaciones, condicionándolas a la efectiva resolución del expediente de responsabilidad patrimonial, y al pago de la indemnización acordada, de manera que la ejecución de la Sentencia escapaba del control del órgano judicial, único competente para hacer ejecutar lo juzgado a tenor de lo dispuesto en el artículo 117.3 CE que se consideraba igualmente vulnerado.

Bien es cierto que, formalmente, el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 3 de A Coruña no ha dirigido sus dudas de constitucionalidad contra el referido apartado 2, pero, como con acierto ha señalado el Fiscal General del Estado, materialmente sí incluye el contenido de dicho apartado en el Auto de planteamiento, pues basta acudir al fundamento jurídico 2 del mismo para constatar que, a la hora de justificar la inconstitucionalidad de la medida legal, reproduce no solo el párrafo primero del apartado 1, sino también el apartado 2, cuya consideración conjunta conduce al órgano jurisdiccional a fundamentar la posible inconstitucionalidad de la norma legal. Y es que el apartado 1, aisladamente considerado, resultaría inocuo, ya que lo que cualifica a la regla contenida en el mismo como susceptible de producir la vulneración apreciada en la STC 82/2014 es precisamente el inciso del apartado 2 –ya declarado inconstitucional–, que la conecta con la decisión judicial para determinar que resulte condicionada su ejecución por la apertura

del procedimiento de responsabilidad patrimonial, con el consiguiente derecho de los titulares de la vivienda a continuar residiendo en el inmueble hasta tanto concluya dicho procedimiento. Por consiguiente, es la apreciación unida de ambos apartados la que permite apreciar la inconstitucionalidad, que queda resuelta, no obstante, como ya queda dicho, con la sola depuración del reseñado inciso del apartado 2 que, una vez producida, determina que la disposición tan solo regule “el procedimiento a seguir cuando la anulación del título que conlleve la reposición de la legalidad urbanística y la demolición de lo construido se produzca mediante acto administrativo firme, en el que 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 artículo 149.1.6 CE” (STC 82/2014, FJ 4).

Consecuentemente, la norma cuestionada por el órgano judicial en este proceso constitucional ya quedó expulsada del ordenamiento, una vez anulada por inconstitucional. Ello impone apreciar, conforme a reiterada doctrina constitucional (por todas, SSTC 86/2012, de 18 de abril, FJ 2; y 147/2012, de 5 de julio, FJ 3; AATC 119/2013, de 20 de mayo, FJ único; y 140/2013, de 3 de junio, FJ único), la desaparición sobrevinida del objeto de la presente cuestión en relación con los indicados apartados 1 y 2.

FALLO

PRIMERO.— Declarar la pérdida de objeto de la presente cuestión de inconstitucionalidad 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.

SEGUNDO.— Inadmitir la cuestión de inconstitucionalidad en todo lo demás.

d) La Sentencia de la Sala 1.^a del Tribunal Constitucional 254/2015, de 30 de noviembre (ponente: Xiol Rios, Juan Antonio), en relación con el artículo 65.1 bis.1 de la Ley 2/2001 de Ordenación territorial y régimen urbanístico del suelo de Cantabria, introducido por la Ley 4/2013, de 20 de junio, 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, en cuanto se disponía:

ARTÍCULO 1.

Se crea un nuevo art. 65 bis en la Ley de Cantabria 2/2001, de Ordenación Territorial y Régimen Urbanístico del Suelo de Cantabria, con la siguiente redacción:

ARTÍCULO 65.BIS. AUTORIZACIÓN PROVISIONAL DE EDIFICACIONES O ACTUACIONES PREEXISTENTES

- 1. 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. Si el procedimiento se inicia a solicitud del interesado, transcurrido el plazo de tres meses sin haberse notificado resolución alguna podrá entender desestimada su petición.*
- 2. Las autorizaciones provisionales supondrán que, durante el tiempo en el que desplieguen efectos, esas edificaciones o actuaciones se mantendrán en la situación en que se encuentren y les será de aplicación el régimen previsto para los edificios fuera de ordenación.*
- 3. El otorgamiento de las autorizaciones se publicará en el Boletín Oficial de Cantabria y se notificará personalmente a los que pudieran resultar afectados.*
- 4. 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. Al no tratarse de obras de nueva construcción, y siempre que las edificaciones preexistentes estuviesen concluidas, 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 mismas.*
 - b) Cuando las autorizaciones provisionales resulten contrarias a lo aprobado posteriormente en la aprobación inicial, provisional o definitiva del instrumento de planeamiento. Esta circunstancia será puesta de manifiesto por la autoridad urbanística competente para llevar a cabo la aprobación correspondiente del instrumento de planeamiento, sin que en ningún caso el incumplimiento de esta obligación suponga la eficacia de las autorizaciones provisionales.*
 - c) Cuando transcurran cuatro años desde su otorgamiento.*
- 5. La tramitación de los procedimientos relativos al otorgamiento de las autorizaciones provisionales no devengará tributo alguno.*

Sentencia de la Sala 1.^a del Tribunal Constitucional 254/2015, de 30 de noviembre (ponente: Xiol Rios, Juan Antonio), en la que se estableció lo siguiente:

3. Rechazados los óbices procesales podemos entrar ya en el fondo del asunto comenzando por el análisis del problema competencial, esto es, de la posible vulneración de la competencia del Estado en materia de legislación procesal ex art. 149.1.6 CE.

El órgano judicial, la Fiscal General del Estado y el Abogado del Estado consideran que el art. 65 bis.1 de la Ley 2/2001 en la medida en que prevé la posibilidad de otorgar autorizaciones provisionales que suspenden la ejecución de demoliciones ordenadas judicialmente constituye regulación procesal e invade las competencias estatales ex art. 149.1.6 CE vulnerando, además, el art. 105 de la Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa. Por el contrario, el Letrado del Parlamento de Cantabria, el Gobierno de Cantabria y el Ayuntamiento de Escalante sostienen que el artículo 65 bis.1, aunque pueda efectivamente afectar a la ejecución de sentencias, no es una norma procesal, sino una norma sustantiva que se incardina en la materia urbanismo de competencia exclusiva de la Comunidad Autónoma de Cantabria (arts. 148.1.3 CE y 24.1 EACant) que, por tanto, ampara la regulación. A este título competencial añade el Letrado del Parlamento de Cantabria los de “organización, régimen y funcionamiento de sus instituciones de gobierno” (art. 24.1 EACant) y “procedimiento administrativo derivado de las especialidades de la organización propia” (art. 25.32 EACant).

Para enmarcar adecuadamente la materia es preciso analizar el precepto impugnado en su contexto normativo y examinar su significado y alcance.

Como ya hemos visto, el precepto cuestionado, el art. 65 bis.1 de la Ley cántabra 2/2001 introducido por la Ley 4/2013, crea la figura de la autorización provisional de edificaciones o actuaciones preexistentes declaradas ilegales y sobre las que recaen órdenes administrativas o judiciales de demolición con la finalidad de que la Administración pueda legalizarlas cautelarmente cuando se haya iniciado un procedimiento dirigido a la formación, modificación o revisión de los planes urbanísticos y demás instrumentos de planeamiento y las edificaciones resulten conformes con esta nueva ordenación en tramitación.

Los apartados siguientes aclaran el régimen jurídico de estas autorizaciones provisionales y de las edificaciones y actuaciones amparadas por las mismas. Durante el tiempo en que las autorizaciones provisionales despliegan sus efectos, las edificaciones y actuaciones se mantienen en

la situación en la que se encuentren y quedan en régimen de fuera de ordenación. Las autorizaciones se extinguen cuando se obtiene nueva licencia de obra que legaliza de forma definitiva la situación; cuando resultan contrarias a lo aprobado posteriormente sea en fase de aprobación inicial, provisional o definitiva; y cuando transcurren cuatro años desde su otorgamiento.

El preámbulo de la Ley explica con claridad las razones que han llevado al legislador a crear esta figura de las autorizaciones provisionales de edificaciones ilegales preexistentes y los fines u objetivos a los que responde la regulación.

Se expone en el preámbulo que “en muchos casos se está tramitando la formación, modificación o revisión de planeamiento que contempla ordenaciones conforme a las cuales, edificaciones o actuaciones que habían sido declaradas ilegales previamente, podrían obtener nuevas licencias de obra una vez que dichos planeamientos entrasen en vigor”. Se afirma que “en estos supuestos, si se demoliera lo que resulta conforme con el planeamiento municipal en tramitación antes de su aprobación definitiva, se daría la paradoja de que se podría volver a construir lo que acababa de ser demolido, con lo que se causarían perjuicios irreparables a los propietarios de dichas construcciones y, en muchos casos, al interés público”. Por ello, con la autorización provisional se pretende atender, según se dice en el preámbulo, a aquellas situaciones en las que “la nueva ordenación propuesta conlleva la conformidad a derecho de las edificaciones, obras o actuaciones que no encontraban amparo en la planificación que se modifica”. Con esa finalidad, según se explica, la modificación normativa opta por “conferir una mayor eficacia a los planeamientos en tramitación, y a proporcionar medios para evitar actuaciones irreversibles sobre edificaciones y actuaciones que resultarían ajustadas a Derecho en el nuevo planeamiento”.

Nos encontramos, por tanto, con una regulación que crea una figura nueva, una autorización que permite legalizar las construcciones ilegales preexistentes y sobre las que penden –en lo que ahora interesa– órdenes judiciales de demolición, de tal forma que se impide su ejecución y se garantiza su continuidad aunque sea en situación de fuera de ordenación. En la medida en que el precepto se refiere a las órdenes de demolición judiciales, es evidente 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.

Es cierto que la suspensión de la demolición no se produce ex lege, puesto que es preciso el inicio de la tramitación de un nuevo planeamiento

y el otorgamiento de la autorización provisional, pero no lo es menos que es la ley la que atribuye a la autorización provisional su efecto de impedir la ejecución de la Sentencia. En efecto, la regulación tiene la virtualidad de sustraer al órgano judicial su competencia para apreciar la concurrencia de una causa de imposibilidad legal de ejecutar una sentencia (art. 105.2 de la Ley reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa), esto es, para decidir sobre si el mero inicio de la tramitación de un plan de ordenación urbana constituye causa suficiente para el aplazamiento de la demolición y si, en consecuencia, procede o no la suspensión de la ejecución. Decisión que, además, el órgano judicial debería adoptar teniendo en cuenta que este Tribunal, en su Sentencia 22/2009, de 26 de enero, ya aclaró 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 firmes en sus propios términos” (STC 22/2009, de 26 de enero, FJ 3). Y ello porque “no puede aceptarse que sin haberse alterado los términos en los que la disputa procesal fue planteada y resuelta ante la Sala sentenciadora, se pretenda privar de efectos al pronunciamiento judicial entonces emitido resultando solo posible cuando concurren elementos que impidan física o jurídicamente su ejecución o que la dificulten por concurrir circunstancias sobrevenidas impeditivas” y “no puede admitirse que suponga un supuesto de imposibilidad legal o material la mera expectativa de un futuro cambio normativo, toda vez que ello no implica alteración alguna de los términos en los que la disputa procesal fue planteada y resuelta”.

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 –valoración que, además, como acaba de exponerse, resulta contraria al art. 24.1 CE–, perdiendo, por tanto, el órgano judicial el control de la ejecución de su resolución. En consecuencia, es indudable que la regulación autonómica crea una causa de suspensión que los órganos judiciales, al estar prevista en norma con rango de ley, no pueden eludir y que merma la competencia que para la ejecución de las sentencias les corresponde.

En definitiva, nos encontramos con una norma de contenido procesal, por lo que hay que atender a la distribución de competencias establecida en el art. 149.1.6 CE conforme a la cual la legislación procesal

es competencia exclusiva del Estado, si bien las Comunidades Autónomas pueden establecer las especialidades procesales necesarias que se deriven de las particularidades del derecho sustantivo de las Comunidades Autónomas. Una competencia que, no obstante, tal y como ha señalado la Fiscal General del Estado, no ha sido asumida por la Comunidad Autónoma de Cantabria en su Estatuto de Autonomía, por lo que carece de ella.

Pues bien, el precepto cuestionado regula, como se ha explicado más arriba, la ejecución de las sentencias en el proceso contencioso-administrativo creando una causa de suspensión específica en relación con las sentencias que ordenan la demolición de edificios ilegales, procediendo, por tanto, la aplicación de la doctrina que hemos establecido recientemente en nuestras Sentencias 92/2013, de 22 de abril; 82/2014, de 28 de mayo, y 149/2014, de 22 de septiembre, de acuerdo con la cual resulta incompatible con la reserva estatal en materia de legislación procesal –art. 149.1.6 CE– que el legislador autonómico establezca una causa de suspensión o aplazamiento de la ejecución de las sentencias que impliquen el derribo de las edificaciones, determinando que la ejecución de la Sentencia –como es aquí el caso por lo anteriormente expuesto– termina por escapar del control judicial, único competente para hacer ejecutar lo juzgado a tenor de lo dispuesto en el art. 117.3 CE.

Por todo lo anteriormente expuesto, procede declarar la inconstitucionalidad del inciso “o judiciales” del art. 65 bis.1 de la Ley cántabra 2/2001.

FALLO

Estimar la presente cuestión de inconstitucionalidad y declarar inconstitucional y nulo el inciso “o judiciales” del art. 65 bis.1 de la Ley 2/2001, de 25 de junio, de ordenación territorial y de régimen urbanístico del suelo de Cantabria.

9

El reflejo de la doctrina del Tribunal Constitucional en el Tribunal Supremo

A resultas de la doctrina del Tribunal Constitucional ya señalada, el Tribunal Supremo va sacando premisas y conclusiones de interés que se van concretando en los siguientes pronunciamientos jurisdiccionales:

a) En las sentencias del Tribunal Supremo, Sala 3.^a, Sección 5.^a, de 21 de septiembre de 2017 (ponente: Tolosa Tribiño, César), de 1 de junio de 2018

(ponente: Suay Rincón, José Juan), de 28 de junio de 2018 (ponente: Fernández Valverde, Rafael), y de 11 de julio de 2018 (ponente: Fernández Valverde, Rafael), del siguiente modo:

DÉCIMO: La naturaleza procesal de esta norma viene avalada, por lo demás, por la doctrina del Tribunal Constitucional, al pronunciarse sobre la Ley 2/2011, de 4 de abril, de Cantabria, que introdujo la disposición adicional sexta en la Ley 2/2001 relativa a los procedimientos de indemnización patrimonial en materia urbanística, en la STC 92/2013, de 22 de abril. En tal supuesto, cuya similitud con la regulación ahora controvertida resulta evidente, la respuesta del Tribunal Constitucional fue clara y concisa, acerca de su naturaleza procesal, al llegar a la conclusión de que la norma cuestionada incide en la regulación de la ejecución de sentencias mediante la introducción de un trámite (el de determinación de la eventual responsabilidad patrimonial en que pudiera haber incurrido la Administración urbanística) ajeno a la propia ejecución de la sentencia con el efecto de paralizarla mientras sustancia, decide y, en su caso, ejecuta mediante el pago.

b) En las sentencias del Tribunal Supremo, Sala 3.^a, Sección 5.^a, de 21 de marzo de 2018 (ponente: Herrero Pina, Octavio Juan), de 21 de marzo de 2018 (ponente: Fernández Valverde, Rafael), de 21 de marzo de 2018 (ponente: Fernández Valverde, Rafael), de 1 de junio de 2018 (ponente: Suay Rincón, José Juan), de 28 de junio de 2018 (ponente: Fernández Valverde, Rafael), de 11 de julio de 2018 (ponente: Fernández Valverde, Rafael), y de 7 de octubre de 2019 (ponente: Herrero Pina, Octavio Juan), de la siguiente manera:

En consecuencia y ya desde este planteamiento, la determinación de la existencia, cuantificación y entidad deudora en concepto de responsabilidad patrimonial, no forma parte del ámbito propio de la ejecución del derecho declarado en la sentencia, que se refiere a la regularización urbanística y no a la responsabilidad patrimonial de la Administración o, en su caso, la indemnización debida en otro concepto, cuya existencia y alcance habrá de determinarse en el correspondiente procedimiento, con las garantías procesales legalmente establecidas, de manera que el pronunciamiento al respecto en incidente de ejecución de sentencia supondría, como señala el Tribunal Constitucional, resolver sobre cuestiones no abordadas ni decididas en el proceso, Tribunal que en sus sentencias 92/2013, de 22 de abril y 82/2014, de 28 de mayo, relativas a la inconstitucionalidad de la Ley 2/2011 de Cantabria y 8/2012 de Galicia que regulan esta materia, declara que la determinación de la eventual responsabilidad en que pudiera haber incurrido la Administración ur-

banística, supone introducir un trámite ajeno a la propia ejecución de la sentencia.

c) En las sentencias del Tribunal Supremo, Sala 3.^a, Sección 5.^a, de 21 de marzo de 2018 (ponente: Fernández Valverde, Rafael), de 21 de marzo de 2018 (ponente: Herrero Pina, Octavio Juan), de 1 de junio de 2018 (ponente: Suay Rincón, José Juan), de 28 de junio de 2018 (ponente: Fernández Valverde, Rafael), y de 11 de julio de 2018 (ponente: Fernández Valverde, Rafael), de la siguiente forma:

No puede acogerse por lo tanto el planteamiento de la recurrente, que sostiene la necesidad de que en el desarrollo del procedimiento de ejecución de la sentencia o como incidente del mismo, se efectúe una declaración sobre el reconocimiento del derecho de terceros a la correspondiente indemnización, fijando su cuantía y la entidad responsable, planteamiento que sin duda obedece a la regulación que al respecto se plasmó en la disposición adicional sexta de la Ley de Cantabria 2/2001, redacción dada por la Ley 2/2011 y que ha sido declarada inconstitucional en sentencia 92/2013, de 22 de abril, en su párrafo quinto del apartado 4, respecto a los procesos de ejecución de resoluciones judiciales, y el apartado 5 en su totalidad.

La parte recurrente da cuenta de la diferencia entre lo resuelto en la sentencia del Tribunal Constitucional 92/2013, respecto de la legislación autonómica, y el contenido del artículo 108.3 de la LRJCA, en cuanto este no condiciona directamente al órgano judicial a tener que supervisar la ejecución de la demolición acordada a una previa actuación administrativa con efecto suspensivo, sino que dicho precepto introduce “ex novo” un trámite en el propio procedimiento de ejecución de sentencias, trámite que ha de llevar a cabo el propio órgano jurisdiccional y, por lo tanto, no desapodera al mismo de la potestad de ejecutar y hacer ejecutar lo juzgado, planteamiento que puede compartirse. Sin embargo, cuando se trata de determinar el alcance de dicho trámite, la parte no tiene en cuenta la notable diferencia entre la regulación de la Ley de Cantabria y el artículo 108.3, pues en aquella se establece que solo podrá procederse a la demolición “cuando haya finalizado el procedimiento de determinación de la responsabilidad patrimonial, se haya establecido en su caso el importe de la indemnización y se haya puesto este a disposición del perjudicado”, previsión que ha sido declarada inconstitucional y que poco tiene que ver con la exigencia de garantías a que se refiere el artículo 108.3. Nótese que la Ley de Cantabria no solo remite a la determinación de la responsabilidad patrimonial sino incluso al pago de la cantidad reconocida, pues no de otra forma ha de

considerarse la puesta a disposición del perjudicado del importe de la indemnización.

d) Y en las sentencias del Tribunal Supremo, Sala 3.^a, Sección 5.^a, de 21 de septiembre de 2017 (ponente: Tolosa Tribiño, César), de 1 de junio de 2018 (ponente: Suay Rincón, José Juan), de 28 de junio de 2018 (ponente: Fernández Valverde, Rafael), de 11 de julio de 2018 (ponente: Fernández Valverde, Rafael), y de 23 de octubre de 2019 (ponente: Fernández Valverde, Rafael), en las que se argumentó lo siguiente:

Es importante recordar distintas sentencias dictadas por el Tribunal Constitucional frente a innovaciones legislativas, bien que de ámbito autonómico, dictadas con la misma confesada finalidad que el precepto que estamos analizando. Las sentencias del Tribunal Constitucional 92/2013, de 22 de abril, de la STC 82/2014, de 28 de mayo, de la STC 149/2014, de 22 de septiembre, y, en fin, de la STC 254/2015, de 30 de noviembre. Los tres primeros pronunciamientos tuvieron por objeto la constitucionalidad de preceptos en los que la ejecución de la sentencia de demolición se condicionaba a la previa resolución de un expediente de responsabilidad patrimonial de la Administración al objeto precisamente de determinar la indemnización que pudiera corresponder a los adquirentes de buena fe afectados por la orden de demolición y, en su caso, al pago efectivo de la indemnización acordada. En cuanto a la STC 254/2015, de 30 de noviembre, resuelve la cuestión inconstitucionalidad planteada contra el art. 65.1 bis.1 de la Ley 2/2001 de Ordenación territorial y régimen urbanístico del suelo de Cantabria, introducido por la Ley 4/2013, de 20 de junio, a cuyo tenor la Administración podía otorgar una licencia urbanística provisional a aquellas edificaciones o actuaciones declaradas ilegales y sobre las que hubiesen recaído órdenes de demolición administrativas o judiciales, siempre que estas pudiesen llegar a ser acordes a un nuevo planeamiento urbanístico en tramitación, en cuyo caso no podía llevarse a efecto la precitada orden de demolición.

Pese a que dichas sentencias no abordan en su plenitud el problema desde la perspectiva de la ejecución de sentencias, quedándose esencialmente en la falta de competencias autonómicas en materia de legislación procesal, no es menos cierto que el tribunal desliza algunas afirmaciones de sumo interés para la resolución de este asunto.

En primer lugar, las referidas sentencias insisten en que los únicos supuestos en que es legítimo que el fallo no sea ejecutado en sus propios términos son aquellos en que dicha ejecución in natura resulte imposible en los términos del art. 105.2 LJCA, correspondiendo en exclusiva a los

órganos judiciales examinar la concurrencia de los limitados supuestos que dicho precepto establece.

En segundo lugar la STC 92/2013, de 22 de abril, afirma en su F.J. 6 que “lo que resulta incompatible con la reserva estatal en materia de legislación procesal –art. 149.1.6 CE– es que el legislador autonómico establezca una causa de suspensión o aplazamiento de la ejecución de las sentencias que han de ejecutarse mediante el derribo de edificaciones.... de suerte que la ejecución de la sentencia termina por escapar del control judicial, único competente para hacer ejecutar lo juzgado a tenor de lo dispuesto en el art. 117.3 CE que resulta igualmente vulnerado.

10

La aplicación temporal del artículo 108.3 LJCA

A resultas de lo ya argumentado precedentemente por razón de la naturaleza procesal del artículo 108.3 LJCA según lo establecido por el Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo, a renglón seguido se añaden por este último las siguientes precisiones en las sentencias del Tribunal Supremo, Sala 3.^a, Sección 5.^a, de 21 de septiembre de 2017 (ponente: Tolosa Tribiño, César), de 1 de junio de 2018 (ponente: Suay Rincón, José Juan), de 18 de junio de 2018 (ponente: Tolosa Tribiño, César), de 28 de junio de 2018 (ponente: Fernández Valverde, Rafael), y de 11 de julio de 2018 (ponente: Fernández Valverde, Rafael), desde la perspectiva de la LOPJ, al sentar:

DÉCIMO: Partiendo de esta doctrina general, debemos entrar a analizar la incidencia que la incorporación del art. 108.3 a nuestro ordenamiento jurídico puede tener en el presente proceso de ejecución.

Lo primero que debemos resolver es si este precepto es o no aplicable en el presente caso, desde la perspectiva de encontrarnos ante un supuesto de ejecución de una sentencia dictada con anterioridad a su entrada en vigor y que ha llevado, como ha quedado reflejado, un lento y proceloso proceso de ejecución.

En este sentido ha de señalarse que la Disposición final décima de la reforma de la LOPJ relativa a la entrada en vigor, dispone: “La presente Ley entrará en vigor el día 1 de octubre de 2015, excepto los apartados uno, dos y cinco de la disposición final tercera, que lo harán al año de su publicación”.

Siendo esto así, esto es, no existiendo norma específica de derecho transitorio, cabe preguntarse si el citado precepto (art. 108.3) resulta de aplicación a la ejecución de sentencias que se han dictado antes de la

vigencia de la modificación legal o, por el contrario, solo afectaría a las sentencias o incidentes de ejecución correspondientes a procesos contenciosos iniciados tras su entrada en vigor.

En nuestro ordenamiento jurídico el artículo 2.3 del CC establece un principio general de irretroactividad al señalar que “las leyes no tendrán efecto retroactivo, si no dispusieren lo contrario”. Por tanto conforme al citado precepto, la irretroactividad es el principio general y la retroactividad la excepción; dicha retroactividad puede tener lugar tanto cuando la ley la disponga (retroactividad expresa), como cuando del sentido de la norma se desprenda que este fue el propósito del legislador, es decir, cuando por la vía de la interpretación pueda deducirse tal carácter retroactivo (retroactividad tácita).

Por su parte, el Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo admiten la aplicación retroactiva de las normas a hechos, actos o relaciones jurídicas nacidas al amparo de la legislación anterior, siempre que los efectos jurídicos de tales actos no se hayan consumado o agotado y siempre, que no se perjudiquen derechos consolidados o situaciones beneficiosas para los particulares, infiriéndose, en estos casos, la retroactividad del sentido, el espíritu o la finalidad de la Ley.

Además, el Tribunal Constitucional, en las sentencias de 10 de abril de 1986 y 29 de noviembre de 1988, limita el alcance del principio de irretroactividad, señalando que “no hay retroactividad cuando una ley regula de manera diferente y pro futuro situaciones jurídicas creadas y cuyos efectos no se han consumado, pues una norma es retroactiva, a los efectos del art. 9.3 de la Constitución, cuando incide sobre relaciones consagradas y afecta a situaciones agotadas, ya que lo que prohíbe el artículo citado es la retroactividad, entendida como incidencia de la nueva Ley en los efectos jurídicos ya producidos de situaciones anteriores, de suerte que la incidencia en los derechos, en cuanto a su proyección hacia el futuro, no pertenece al campo estricto de la irretroactividad”, añadiendo en STC de 4 de febrero de 1983 que el “principio de la irretroactividad no puede presentarse como defensa de una inadmisibles petrificación del Ordenamiento Jurídico”. Su sentencia de 16 de julio de 1987, establece que “la prohibición de la retroactividad solo es aplicable a los derechos consolidados, asumidos e integrados en el patrimonio del sujeto, y no a los pendientes, futuros y condicionados o a las expectativas”.

NOVENO: Partiendo de esta doctrina general, la solución a dicha cuestión debe venir dada, a juicio de esta Sala, partiendo de la caracterización de dicho precepto como una regulación de naturaleza sustantiva o procesal.

En las normas materiales el momento decisivo para su aplicación es el de la realización o consumación del hecho, negocio, relación o situación jurídica productora de efectos jurídicos, mientras que la retroactividad de las leyes procesales ha sido analizada por este Tribunal en sentencia de 18 de abril de 1998, razonando que “Antiguamente se había dicho que eran retroactivas, pero la doctrina y la jurisprudencia modernas aceptan unánimemente que la ley procesal es irretroactiva y se aclara la confusión anterior al comprender que cuando se dicta una ley procesal no se aplica retroactivamente a procesos anteriores, sino a los actos procesales que se producen a partir de su entrada en vigor, aunque los hechos materiales y jurídicos que han dado origen al proceso sean anteriores”.

En consecuencia, puede afirmarse que nos encontramos ante una norma procesal, incluida en legislación procesal y además sobre incidente procesal de ejecución, por lo que resulta de aplicación a todos los supuestos o incidentes en que se plantee el momento, alcance o modo de demolición de una construcción ilegal, al margen de cuando se haya iniciado el pleito o incidente de ejecución.

Y, asimismo, en las sentencias del Tribunal Supremo, Sala 3.^a, Sección 5.^a, de 21 de septiembre de 2017 (ponente: Tolosa Tribiño, César), de 1 de junio de 2018 (ponente: Suay Rincón, José Juan), de 28 de junio de 2018 (ponente: Fernández Valverde, Rafael), y de 11 de julio de 2018 (ponente: Fernández Valverde, Rafael), en el mismo sentido desde la perspectiva de la LJCA, concluyendo igualmente en la aplicación del nuevo régimen a las sentencias anteriores a la vigencia del artículo 108.3 LJCA cuya ejecución no se ha consumado. Así, se sienta:

Por otra parte, la Disposición transitoria Cuarta de la LJCA, establece con carácter general y en lo relativo a la ejecución de sentencias que: “La ejecución de las sentencias firmes dictadas después de la entrada en vigor de esta Ley se llevará a cabo según lo dispuesto en ella. Las dictadas con anterioridad de las que no constare en autos su total ejecución se ejecutarán en lo pendiente con arreglo a la misma”, de lo que se deduce que en los supuestos, como el presente, en el que la ejecución de la sentencia no se ha consumado, la regla general es la aplicación de la legislación vigente en el momento de realizarse la actividad ejecutiva para concluir lo ordenado en la sentencia, cualquiera que fuera la fecha en que se hubiese dictado, interpretación conforme con la doctrina constitucional que hemos dejado precedentemente expuesta.

Y de la misma manera en la fundamentación que se consigna en la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 3.^a, Sección 5.^a, de 18 de junio de 2018 (ponente: Tolosa Tribiño, César), en el siguiente sentido:

QUINTO: Como hemos señalado en nuestra sentencia de 27 de noviembre de 2017, “El primer problema que plantea la aplicación del nuevo precepto es de carácter temporal, esto es, se trata de discernir si resulta aplicable con carácter exclusivo a aquellas sentencias dictadas a partir de su entrada en vigor, lo que ha de reconocerse desactivaría el mecanismo en gran medida, o, si por el contrario, resulta igualmente de aplicación a las sentencias dictadas con anterioridad a tal momento, cuya ejecución se encuentra pendiente de consumación, esto es, aquellos supuestos, por lo demás excesivamente frecuentes, en los que la demolición no se ha materializado pese al transcurso del tiempo.

Para resolver la cuestión, ha de señalarse que la Disposición final décima de la Ley Orgánica 7/2015, de reforma de la LOPJ relativa a su entrada en vigor, dispone: ‘La presente Ley entrará en vigor el día 1 de octubre de 2015, excepto los apartados uno, dos y cinco de la disposición final tercera, que lo harán al año de su publicación’.

Visto el tenor literal de la citada disposición y no existiendo norma específica de derecho transitorio, cabe preguntarse si conforme a la doctrina general en materia de retroactividad de las normas, el citado precepto (art. 108.3) resulta de aplicación a la ejecución de sentencias que se han dictado antes de la vigencia de la modificación legal o, por el contrario, solo afectaría a las sentencias o incidentes de ejecución correspondientes a procesos contenciosos iniciados tras su entrada en vigor”.

Continúa la sentencia afirmando que “la solución a la cuestión de la aplicación temporal del art. 108.3, exigía concretar la caracterización de dicho precepto como una regulación de naturaleza sustantiva o procesal”, concluyendo que “puede afirmarse que nos encontramos ante una norma procesal, incluida en legislación procesal y además sobre incidente procesal de ejecución, por lo que resulta de aplicación a todos los supuestos o incidentes en que se plantee el momento, alcance o modo de demolición de una construcción ilegal, al margen de cuando se haya iniciado el pleito o incidente de ejecución”.

11

La doctrina general del Tribunal Supremo sobre el artículo 108.3 LJCA. Naturaleza cautelar. No es suspensión ni inexecución de sentencia

La doctrina del Tribunal Supremo es categórica y sobradamente clara al sentarse que no nos hallamos ni ante un supuesto de suspensión ni de imposible ejecución de sentencia.

Así, en las sentencias del Tribunal Supremo, Sala 3.^a, Sección 5.^a, de 21 de septiembre de 2017 (ponente: Tolosa Tribiño, César), de 1 de junio de 2018 (ponente: Suay Rincón, José Juan), de 28 de junio de 2018 (ponente: Fernández Valverde, Rafael), de 11 de julio de 2018 (ponente: Fernández Valverde, Rafael), y de 23 de octubre de 2019 (ponente: Fernández Valverde, Rafael), del siguiente modo:

DÉCIMOTERCERO: Con independencia de lo anterior, debemos señalar que el art. 108.3 ni reforma el art. 109, ni el 105, sino que introduce dentro de las medidas coercitivas o ejecutivas que puede adoptar el juez, en el seno de la ejecución forzosa (es decir, cuando el ejecutado no cumple voluntariamente, posibilidad que nadie excluye, incluida la prestación de garantías) de un fallo que impone una obligación de hacer, concretamente, cuando ese hacer es la demolición de inmuebles por declarar contraria a la normativa su construcción.

Es decir, el legislador no ha modificado el art. 105.1 LJCA cuya prohibición de suspender sigue vigente sin matiz alguno, sino que ha incorporado dicha medida dentro del art. 108 LJCA, precepto que tanto desde una perspectiva temporal como sistemática permite afirmar que el legislador no ha pretendido dispensar a los propietarios y a la administración de una medida genérica e indiscriminada de suspensión o paralización temporal de las ejecuciones de las sentencias de demolición de inmuebles, sino de dotar al juez, una vez acreditada la necesidad, adecuación y proporcionalidad de la demolición, de determinados poderes en orden a que dicha demolición no haya de causar efectos irreparables en los terceros adquirentes de buena fe. Esto es, mientras el art. 105 lo que prevé son supuestos de inejecución de sentencias por causas legales o materiales, el art. 108.3 se sitúa en un momento posterior del proceso de ejecución, en cuanto se incluye en un precepto que recoge los poderes del juez para que la ejecución se lleve a efecto, con lo cual se convierte en una fase más de la ejecución, pero nunca en un impedimento, ni siquiera temporal para la ejecución de la sentencia.

Consecuentemente se ha de entender que lo que hace la norma no es regular un obstáculo a la ejecución, sino añadir un deber de hacer en la ejecución de estos fallos. Al deber de demoler, se une el de garantizar los perjuicios que puedan derivarse para los adquirentes de buena fe. En caso de no hacerlo, el juez debe ocuparse de que así sea, adoptando medidas de coerción y exigiendo responsabilidades de todo tipo, hasta que se haya constituido la garantía, voluntariamente o de forma forzosa, esto es el juez deberá, dentro del mismo proceso de ejecución de la sentencia de demolición, ir resolviendo paralelamente sobre estas cues-

tionen, teniendo como objetivo final conseguir la restauración del orden jurídico alterado, finalidad conforme al interés público que el proceso demanda, sin perjuicio de la tutela de los intereses privados que puedan verse concernidos.

DECIMOCUARTO: A mayor abundamiento, debemos concluir que el supuesto contemplado en el art. 108.3, no constituye ninguno de los dos supuestos regulados en el art. 105, esto es, no estamos ante imposibilidad ni material ni legal de ejecutar la sentencia.

Ha de insistirse en que la ejecución de la sentencia forma parte del contenido del derecho a la tutela judicial efectiva, art. 24. CE, por lo que la inexecución por su imposibilidad jurídica o material, art. 105 LJCA, hace necesario una motivación especialmente exigente.

Es cierto que la LJCA, art. 105.2, no define ni concreta en qué consiste la imposibilidad material de ejecución de una sentencia, habiendo sido este Tribunal, el que ha ido delimitando aquella con una concepción restrictiva de los supuestos de imposibilidad (SSTS 17 de noviembre de 2008, recurso casación 4285/2005, 14 de febrero de 2013, recurso casación 4311/2011).

En definitiva, hemos reiterado que, mientras exista una sentencia firme no ejecutada, la imposibilidad de ejecución es una excepción que solo de manera rigurosa y plenamente acreditada se puede declarar, de manera que el órgano judicial debe determinar de manera detallada y rigurosa esa imposibilidad, y en último extremo, si fuera preciso, establecer la correspondiente indemnización (STS de 18 de septiembre de 2009).

En definitiva, como ya afirmara el Auto de este Tribunal de 16 julio 1991, la “imposibilidad debe entenderse en el sentido más restrictivo y estricto, y en términos de imposibilidad absoluta; esto es, absoluta imposibilidad física o clara imposibilidad jurídica de cumplir el fallo. Después de la Constitución no cabe otra interpretación, por ser un básico fundamento del Estado de Derecho instaurado por la misma, el cumplimiento escrupuloso, íntegro y estrecho de las sentencias judiciales en sus propios términos”.

Como ya hemos señalado, dos son los supuestos que justifican la inexecución o la suspensión de la ejecución de una sentencia. De una parte la imposibilidad legal, que supone un cambio en el régimen jurídico urbanístico aplicable al objeto de la sentencia, y motiva su inexecución, de otro la imposibilidad material que ha sido definida como “aquel impedimento de carácter físico que no permite ejecutar la sentencia porque el objeto de la misma ha desaparecido o se ha destruido”, o que “con-

curre si físicamente no resulta posible llevar la sentencia a efecto en sus términos estrictos”.

Basta con un mero examen literal de la previsión incorporada al art. 108.3 LJCA, para concluir que ninguno de tales supuestos se recoge o regula en tal precepto, dado que ni se ha producido un cambio en la normativa tenida en consideración para acordar la demolición de lo ilícitamente construido, ni tal demolición aparece como materialmente imposible.

En definitiva el legislador, junto con la finalidad de preservación del interés público que protege la ejecución de sentencias urbanísticas en cuanto instrumento dirigido al restablecimiento de la realidad física alterada, ha tratado de introducir la defensa y protección por parte del órgano judicial de los intereses privados de aquellos que habiendo adquirido de buena fe, pueden resultar perjudicados por tal ejecución, si bien, consideramos, que dicha protección no puede alzarse ni considerarse preeminente al interés público que en el proceso se trata de proteger y restaurar.

Añadiendo la Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de marzo de 2018 (ponente: Herrero Pina, Octavio Juan) lo siguiente:

En definitiva el legislador, junto con la finalidad de preservación del interés público que protege la ejecución de sentencias urbanísticas en cuanto instrumento dirigido al restablecimiento de la realidad física alterada, ha tratado de introducir la defensa y protección por parte del órgano judicial de los intereses privados de aquellos que habiendo adquirido de buena fe, pueden resultar perjudicados por tal ejecución, si bien, consideramos, que dicha protección no puede alzarse ni considerarse preeminente al interés público que en el proceso se trata de proteger y restaurar.

De todo lo expuesto se deduce la configuración de un trámite integrado en el procedimiento de ejecución de la sentencia, que no supone un obstáculo a la ejecución sino la acomodación de la misma a las circunstancias propias de este tipo de procesos desde una doble perspectiva, atendiendo, por un lado, a la efectividad del derecho y los intereses reconocidos en la sentencia y, por otro, a la garantía de aquellos otros intereses económicos o indemnizaciones que puedan reconocerse a terceros de buena fe al margen del proceso, y que consiste en la adopción por el órgano jurisdiccional de las medidas de aseguramiento que resulten suficientes para responder del pago de las mismas, medidas de aseguramiento que, como sucede en la generalidad de los supuestos en que se establecen por la ley en previsión de posibles responsabilidades,

han de ser valoradas, en su existencia y alcance, por el órgano judicial competente para ello, atendiendo a los datos y elementos de juicio de que disponga y pueda recabar en el procedimiento, resolviéndose las controversias que puedan surgir al respecto, en el correspondiente incidente de ejecución de sentencia, como dispone el art. 109.1 de la Ley Jurisdiccional.

A tal efecto no está de más añadir que, como ya indicamos en la citada sentencia de 21 de septiembre de 2017, el interés preeminente en la ejecución de la sentencia es el restablecimiento de la legalidad urbanística, que constituye el pronunciamiento judicial en respuesta a la tutela judicial demandada en el proceso, de manera que la exigencia de garantías en previsión de posibles responsabilidades frente a terceros ha de llevarse a cabo, por el órgano judicial, sin perder de vista ese interés preeminente y valorando, en consecuencia, la incidencia que puedan tener en la efectiva ejecución en tiempo y forma del derecho declarado en la sentencia.

Tampoco en este aspecto resulta justificada la interpretación defendida por la parte recurrente, que supondría, cuando menos, una demora considerable en la ejecución de la sentencia y, previsiblemente, convertir la garantía de los derechos de terceros en un importante y desproporcionado obstáculo para la realización y efectividad de los derechos reconocidos en el proceso, resultado que evidentemente está muy lejos y es contrario a la finalidad perseguida por el legislador al introducir el precepto examinado.

Insistiéndose en las sentencias del Tribunal Supremo, Sala 3.^a, Sección 5.^a, de 1 de junio de 2018 (ponente: Suay Rincón, José Juan), de 28 de junio de 2018 (ponente: Fernández Valverde, Rafael), y de 11 de julio de 2018 (ponente Fernández Valverde, Rafael):

DECIMOCUARTO: A mayor abundamiento, debemos concluir que el supuesto contemplado en el art. 108.3, no constituye ninguno de los dos supuestos regulados en el art. 105, esto es, no estamos ante imposibilidad ni material ni legal de ejecutar la sentencia.

Ha de insistirse en que la ejecución de la sentencia forma parte del contenido del derecho a la tutela judicial efectiva, art. 24. CE, por lo que la inejecución por su imposibilidad jurídica o material, art. 105 LJCA, hace necesario una motivación especialmente exigente.

Es cierto que la LJCA, art. 105.2, no define ni concreta en qué consiste la imposibilidad material de ejecución de una sentencia, habiendo sido este Tribunal, el que ha ido delimitando aquella con una concepción restrictiva de los supuestos de imposibilidad (SSTS 17 de noviembre de

2008, recurso casación 4285/2005, 14 de febrero de 2013, recurso casación 4311/2011).

En definitiva, hemos reiterado que, mientras exista una sentencia firme no ejecutada, la imposibilidad de ejecución es una excepción que solo de manera rigurosa y plenamente acreditada se puede declarar, de manera que el órgano judicial debe determinar de manera detallada y rigurosa esa imposibilidad, y en último extremo, si fuera preciso, establecer la correspondiente indemnización (STS de 18 de septiembre de 2009).

En definitiva, como ya afirmara el Auto de este Tribunal de 16 julio 1991, la “imposibilidad debe entenderse en el sentido más restrictivo y estricto, y en términos de imposibilidad absoluta; esto es, absoluta imposibilidad física o clara imposibilidad jurídica de cumplir el fallo. Después de la Constitución no cabe otra interpretación, por ser un básico fundamento del Estado de Derecho instaurado por la misma, el cumplimiento escrupuloso, íntegro y estrecho de las sentencias judiciales en sus propios términos”.

Como ya hemos señalado, dos son los supuestos que justifican la inejecución o la suspensión de la ejecución de una sentencia. De una parte la imposibilidad legal, que supone un cambio en el régimen jurídico urbanístico aplicable al objeto de la sentencia, y motiva su inejecución, de otro la imposibilidad material que ha sido definida como “aquel impedimento de carácter físico que no permite ejecutar la sentencia porque el objeto de la misma ha desaparecido o se ha destruido”, o que “concorre si físicamente no resulta posible llevar la sentencia a efecto en sus términos estrictos”.

Basta con un mero examen literal de la previsión incorporada al art. 108.3 LJCA, para concluir que ninguno de tales supuestos se recoge o regula en tal precepto, dado que ni se ha producido un cambio en la normativa tenida en consideración para acordar la demolición de lo ilícitamente construido, ni tal demolición aparece como materialmente imposible.

En definitiva el legislador, junto con la finalidad de preservación del interés público que protege la ejecución de sentencias urbanísticas en cuanto instrumento dirigido al restablecimiento de la realidad física alterada, ha tratado de introducir la defensa y protección por parte del órgano judicial de los intereses privados de aquellos que habiendo adquirido de buena fe, pueden resultar perjudicados por tal ejecución, si bien, consideramos, que dicha protección no puede alzarse ni considerarse preeminente al interés público que en el proceso se trata de proteger y restaurar.

B) Ya bajo el nuevo régimen legal del recurso de casación, hemos comenzado también a concretar las exigencias que el artículo 108.3 LJCA impone para su cumplimiento, en nuestra Sentencia de 2018 (recaída en el RC 138/2017) y en la 476/2018, de la misma fecha (recaída en el RC 141/2017), que se pronuncia en el mismo sentido que la anterior. Reproducimos ahora, asimismo, lo esencial de lo que afirmamos entonces, en particular, tomando como referencia la primera de estas resoluciones, a tenor de la cuestión de interés casacional que se planteaba a la sazón en relación con el artículo 108.3 LJCA:

“TERCERO.– Planteado en estos términos el recurso de casación, procede, de conformidad con lo establecido en el art. 93.1 de la Ley jurisdiccional, iniciar su resolución, fijando la interpretación del art. 108.3 de la misma, en relación con la cuestión que, atendiendo al auto de admisión, se entiende de interés casacional objetivo, que consiste en determinar: ‘si la exigencia de la prestación de garantías suficientes para responder del pago de las indemnizaciones debidas a terceros de buena fe, a la que hace referencia el artículo 108.3 de la Ley Jurisdiccional como condición previa a la demolición de un inmueble ordenada por un Juez o Tribunal, precisa la tramitación de un procedimiento contradictorio y requiere que tales indemnizaciones hayan sido fijadas como debidas en un procedimiento de responsabilidad patrimonial o en un incidente de inejecución de sentencia con intervención de las partes implicadas, en el que habrá de determinarse la existencia de terceros de buena fe y su identidad, y durante cuya sustanciación no podría llevarse a efecto la demolición acordada por el Juez o Tribunal’.

A tal efecto y partiendo de la inclusión del precepto en el Capítulo IV del Título IV de la Ley jurisdiccional, que regula el procedimiento de ejecución de las sentencias, resulta conveniente tomar en consideración el contenido que, con carácter general, es propio de dicho procedimiento o fase de ejecución, para precisar después el que, en particular, puede presentar la ejecución de sentencias que, además de declarar contraria a la normativa la construcción de un inmueble, determine la demolición de lo construido y la reposición a su estado originario de la realidad física alterada, lo que nos permitirá valorar el alcance de la previsión del art. 108.3 cuestionada por la parte, integrada en ese concreto procedimiento de ejecución.

La ejecución de las sentencias, como señala la exposición de motivos de la Ley procesal, por referencia a la jurisprudencia, entronca directamente con el derecho a la tutela judicial efectiva, en cuanto el derecho no

se satisface mediante una justicia meramente teórica, sino que conlleva el derecho a la ejecución puntual de lo fallado en sus propios términos. En tal sentido el Tribunal Constitucional ha venido señalando (STC 119/1994) que 'el derecho a la ejecución de las Sentencias en sus propios términos forma parte del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (SSTC 148/1989. 152/1990). Es decir, que se trata de un derecho fundamental al cumplimiento de los mandatos que la Sentencia contiene, la realización de los derechos reconocidos en la misma o a la imposición incluso forzosa del cumplimiento de las obligaciones en las que condena... el obligado cumplimiento de lo acordado por los Jueces y Tribunales en el ejercicio de la potestad jurisdiccional se configura como un derecho de carácter subjetivo incorporado al contenido del art. 24.1 C.E. y que los propios Tribunales no pueden apartarse sin causa justificada de lo previsto en el fallo de la Sentencia que debe ejecutarse (entre otras. SSTC 32/1982. fundamento jurídico 2.º; 15/1986. fundamento jurídico 3.º; 118/1986. Fundamento jurídico 4.º 1; 148/1989. fundamento jurídico 2.º; 16/1991, fundamento jurídico 1.º)... si bien debe tenerse en cuenta que, en todo caso, con ocasión de los incidentes de ejecución no es posible resolver cuestiones que no hayan sido abordadas ni decididas en el fallo o con las que este no guarde una inmediata o directa relación de causalidad, pues, de otro modo, no solo se vulnerarían las normas legales que regulan la ejecución sino que podría resultar menoscabado, asimismo, el derecho a la tutela judicial efectiva de las otras partes procesales o de terceros (SSTC 125/1987. Fundamentos jurídicos 4.º y 5.º; 167/1987. fundamento jurídico 2.º; 215/1988, fundamento jurídico 3.º; 148/1989. Fundamento jurídico 4.º)... El derecho a que la Sentencia se ejecute en sus propios términos tiene un carácter objetivo en cuanto se refiere precisamente al cumplimiento del fallo sin alteración y no permite por tanto suprimir, modificar o agregar a su contenido excepciones o cargas que no puedan reputarse comprendidas en él. En consecuencia, la ejecución ha de consistir precisamente en lo establecido y previsto en el fallo y constituye junto al derecho del favorecido a exigir su cumplimiento total e inalterado el del condenado a que no se desvirtúe, se amplíe o se sustituya por otro. Cualquier alteración debe obedecer a causa prevista en la Ley, como lo es la imposibilidad legal o material de ejecución'.

Se desprende de ello, por lo que aquí interesa, que el procedimiento o fase de ejecución de la sentencia se proyecta sobre lo efectivamente juzgado, con la finalidad de llevar a cumplido efecto el derecho declarado en la sentencia con las garantías propias del proceso en su fase decla-

rativa, a cuyo efecto el órgano jurisdiccional competente ha de adoptar las medidas o resoluciones que resulten necesarias para la efectividad del derecho declarado, que es lo que constituye el marco o ámbito propio del procedimiento de ejecución. En consecuencia, el contenido de las sentencias cuya ejecución se realiza debe extraerse de los términos en que se expresa el fallo de la misma (esto es, la forma y los términos de su parte dispositiva), para alcanzar así una determinada finalidad, que no es otra que conseguir el efecto pretendido en la declaración jurisdiccional; para ello se articulan en la LRJCA un amplio capítulo de medidas con la expresada finalidad, disponiendo en tal sentido la Ley que tales amplias medidas vienen determinadas por 'lo que exijan el cumplimiento de las declaraciones contenidas en el fallo' (artículo 104.1 de la LRJCA).

Queda al margen de la ejecución de la sentencia y los incidentes que puedan suscitarse, en palabras de la citada sentencia del Tribunal Constitucional, la resolución de cuestiones que no hayan sido abordadas ni decididas en el fallo o con las que este no guarde una inmediata o directa relación de causalidad, y ello, entre otras razones, porque podría resultar menoscabado el derecho a la tutela judicial de terceros no intervinientes en el proceso, en cuanto vieran efectuadas declaraciones sobre sus derechos al margen del procedimiento declarativo correspondiente, del que no se les puede privar. Además de la razón fundamental, que el procedimiento de ejecución se proyecta sobre el derecho declarado y no tiene por objeto la declaración de otros derechos no cuestionados en el proceso y que no incidan en la declaración y reconocimiento de aquel. En este sentido son numerosos los autos de esta Sala que descartan el pronunciamiento en ejecución de sentencia sobre derechos que no han sido objeto de controversia en el proceso declarativo.

...

CUARTO.– Partiendo de estas consideraciones se deduce sin esfuerzo y de manera lógica y consecuente la justificación y finalidad de la inclusión por el legislador del precepto examinado, tanto en cuanto a su necesidad como a su contenido y alcance.

Así, el precepto responde a la necesidad de atender a las situaciones que acabamos de describir, de existencia de procesos sobre regularización urbanística de determinadas edificaciones o instalaciones, cuya efectividad, mediante la ejecución de la correspondiente sentencia, puede incidir en la situación jurídica de terceros, causándoles un perjuicio patrimonial indemnizable cuyo derecho, por no ser determinante de la legalidad urbanística cuestionada, no ha sido debatido ni declarado en

el proceso, pero que puede verse frustrado si, una vez obtenido su reconocimiento en el correspondiente procedimiento establecido al efecto, no se hace efectivo y ya se ha llevado a cabo la regularización urbanística mediante la demolición de lo construido y la reposición de la realidad física alterada.

...

Consecuentemente se ha de entender que lo que hace la norma no es regular un obstáculo a la ejecución, sino añadir un deber de hacer en la ejecución de estos fallos. Al deber de demoler, se une el de garantizar los perjuicios que puedan derivarse para los adquirentes de buena fe. En caso de no hacerlo, el juez debe ocuparse de que así sea, adoptando medidas de coerción y exigiendo responsabilidades de todo tipo, hasta que se haya constituido la garantía, voluntariamente o de forma forzosa, esto es el juez deberá, dentro del mismo proceso de ejecución de la sentencia de demolición, ir resolviendo paralelamente sobre estas cuestiones, teniendo como objetivo final conseguir la restauración del orden jurídico alterado, finalidad conforme al interés público que el proceso demanda, sin perjuicio de la tutela de los intereses privados que puedan verse concernidos.

En definitiva el legislador, junto con la finalidad de preservación del interés público que protege la ejecución de sentencias urbanísticas en cuanto instrumento dirigido al restablecimiento de la realidad física alterada, ha tratado de introducir la defensa y protección por parte del órgano judicial de los intereses privados de aquellos que habiendo adquirido de buena fe, pueden resultar perjudicados por tal ejecución, si bien, consideramos, que dicha protección no puede alzarse ni considerarse preeminente al interés público que en el proceso se trata de proteger y restaurar.

De todo lo expuesto se deduce la configuración de un trámite integrado en el procedimiento de ejecución de la sentencia, que no supone un obstáculo a la ejecución sino la acomodación de la misma a las circunstancias propias de este tipo de procesos desde una doble perspectiva, atendiendo, por un lado, a la efectividad del derecho y los intereses reconocidos en la sentencia y, por otro, a la garantía de aquellos otros intereses económicos o indemnizaciones que puedan reconocerse a terceros de buena fe al margen del proceso, y que consiste en la adopción por el órgano jurisdiccional de las medidas de aseguramiento que resulten suficientes para responder del pago de las mismas, medidas de aseguramiento que, como sucede en la generalidad de los supuestos en que se establecen por la ley en previsión de posibles responsabilidades,

han de ser valoradas, en su existencia y alcance, por el órgano judicial competente para ello, atendiendo a los datos y elementos de juicio de que disponga y pueda recabar en el procedimiento, resolviéndose las controversias que puedan surgir al respecto, en el correspondiente incidente de ejecución de sentencia, como dispone el art. 109.1 de la Ley Jurisdiccional.

...

Y así estableciéndose como interpretación más acertada del artículo 108.3 lo que se va reiterando en las sentencias del Tribunal Supremo, Sala 3.ª, Sección 5.ª, de 21 de marzo de 2018 (ponente: Herrero Pina, Octavio Juan), de 21 de marzo de 2018 (ponente: Fernández Valverde, Rafael), de 1 de junio de 2018 (ponente: Suay Rincón, José Juan), de 28 de junio de 2018 (ponente: Fernández Valverde, Rafael), de 2 de julio de 2018 (ponente: Suay Rincón, José Juan), de 11 de julio de 2018 (ponente: Fernández Valverde, Rafael), de 27 de noviembre de 2018 (ponente: Olea Godoy, Wenceslao), de 10 de diciembre de 2018 (ponente: Tolosa Tribiño, César), de 22 de enero de 2019 (ponente: Trillo Alonso, Juan Carlos), de 28 de enero de 2019 (ponente: Trillo Alonso, Juan Carlos), de 4 de abril de 2019 (ponente: Tolosa Tribiño, César), y de 23 de octubre de 2019 (ponente: Fernández Valverde, Rafael), al establecer:

De acuerdo con todo lo expuesto y rechazando la interpretación que mantiene la Administración recurrente, consideramos como interpretación más acertada del artículo 108.3, que la exigencia de la prestación de garantías suficientes para responder del pago de las indemnizaciones debidas a terceros de buena fe, a la que se refiere el precepto como condición previa a la demolición de un inmueble ordenada por un Juez o Tribunal, no precisa la tramitación de un procedimiento contradictorio ni requiere que tales indemnizaciones hayan sido fijadas como debidas en un procedimiento de responsabilidad patrimonial o en un incidente de ejecución de sentencia en el que se declare y reconozca el derecho del tercero y determine la cantidad líquida que resulte exigible por el mismo, sino que se configura como un trámite integrado en la ejecución de sentencia, que consiste en la adopción por el órgano jurisdiccional de las medidas de aseguramiento que resulten suficientes para responder del pago de las indemnizaciones que puedan reconocerse a terceros de buena fe al margen del proceso, medidas de aseguramiento que han de ser valoradas, en su existencia y alcance, por el órgano judicial atendiendo a los datos y elementos de juicio de que disponga y pueda recabar en el procedimiento, resolviéndose las controversias que puedan surgir al respecto, en el correspondiente in-

cidente de ejecución de sentencia, como dispone el art. 109.1 de la Ley Jurisdiccional.

...

Así, resulta improcedente establecer, como doctrina jurisprudencial, que por parte del órgano judicial competente de la ejecución de la sentencia, Sala de lo Contencioso– Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria, mediante el procedimiento incidental contemplado en el art. 109 LJCA en concordancia con el art. 105 LJCA se determine el carácter debido de las indemnizaciones estableciendo su importe, Administración responsable y los terceros de buena fe titulares del derecho a la indemnización, con el fin de proceder a garantizar las mismas en su importe exacto y determinado por parte del Ayuntamiento de Argoños, pues dicha pretensión resulta contraria a las previsiones del art. 108.3 interpretado en la forma y con el alcance que se ha establecido en esta sentencia.

Por las mismas razones y en lógica consecuencia debe rechazarse la pretensión de que, hasta el momento en que se resuelva sobre esa determinación del carácter debido de las indemnizaciones, no se proceda a la demolición de las viviendas, pues tal demolición no se condiciona a esa determinación sino a la prestación de garantías suficientes en los términos que ya hemos indicado antes; de la misma forma que, la adopción de las medidas necesarias al efecto, no suspende el procedimiento de ejecución y no impide, por lo tanto, que también se vayan adoptando las medidas convenientes para hacer efectiva en su momento la demolición, como es el caso del requerimiento al Gobierno de Cantabria, que se acuerda en el auto impugnado, a efectos de identificar la persona responsable del derribo e informar sobre las actuaciones que se han llevado a cabo al respecto y que se cuestionan por la recurrente.

Dicho en otras palabras y en los términos de las sentencias del Tribunal Supremo, Sala 3.^a, Sección 5.^a, de 1 de junio de 2018 (ponente: Suay Rincón, José Juan), de 28 de junio de 2018 (ponente: Fernández Valverde, Rafael), de 2 de junio de 2018 (ponente: Suay Rincón, José Juan), de 11 de julio de 2018 (ponente: Fernández Valverde, Rafael), de 27 de noviembre de 2018 (ponente: Olea Godoy, Wenceslao), de 10 de diciembre de 2018 (ponente: Tolosa Tribiño, César), de 22 de enero de 2019 (ponente: Trillo Alonso, Juan Carlos), de 4 de abril de 2019 (ponente: Tolosa Tribiño, César), de 23 de octubre de 2019 (ponente: Fernández Valverde, Rafael):

Y por otra parte, así también hemos de coincidir con lo resuelto en nuestra Sentencia 1409/2017, de 21 de noviembre, particularmente, en sus

FJ 12º a 14º, que en nuestra reciente Sentencia 905/2018, de 1 de junio, dejamos así sintetizados:

“De forma particular, del tenor literal del contenido de los últimos fundamentos de dicha resolución (FJ 12º a 14º), resulta claro así que, conforme a nuestra doctrina jurisprudencial:

1º el artículo 108.3 LJCA no impide la ejecución de sentencias;

2º tampoco constituye causa alguna de inejecución de tales resoluciones, al amparo del artículo 105.2 LJCA; y

3º no vulnera ello el artículo 24 de la Constitución (antes bien, precisamente, pudiera suceder esto así de prosperar el planteamiento de parte, esto es, de entenderse que el artículo 108.3 LJCA impide la ejecución de sentencias)”.

O si así se prefiere en los términos de las sentencias del Tribunal Supremo, Sala 3.ª, Sección 5.ª, de 18 de julio de 2018 (ponente: Fernández Valverde, Rafael), de 23 de octubre de 2019 (ponente: Fernández Valverde, Rafael), de 28 de enero de 2019 (ponente: Trillo Alonso, Juan Carlos), y las que en ellas se citan, al sentar:

En la posterior STS de 28 de enero de 2019 (RC 5793/2017) hemos apuntalado los anteriores pronunciamientos, en los siguientes términos, resumiendo toda la anterior doctrina:

“(...) esta interpretación se asienta en las siguientes consideraciones:

a) El precepto se incluye en el Capítulo IV del Título IV LJCA, relativo al procedimiento de ejecución de sentencias; b) Queda al margen de los incidentes de ejecución de sentencia las ‘cuestiones que no hayan sido abordadas y decididas en el fallo o con las que este no guarde una inmediata o directa relación de causalidad, pues, de otro modo, no solo se vulnerarían las normas legales que regulan la ejecución sino que podría ser menoscabado, asimismo, el derecho a la tutela judicial efectiva de las otras partes procesales o de terceros’ (SSTC 125/87, 149/89y 119/94); c) Elart. 108.3 LJCA se predica de la ejecución de sentencias que resuelven litigios relativos a inmuebles contrariando la normativa y cuya regularización no es posible jurídicamente, lo que determina que se ordene la su demolición; d) En este contexto, además de existir relaciones jurídico-privadas derivadas de la promoción/construcción realizada con violación insubsanable de la normativa urbanística, en las que intervienen terceros ajenos a la actuación y al proceso, esas actividades de edificación y uso del suelo están sujetas, según la normativa urbanística, al correspondiente control administrativo mediante las oportunas licencias, autorizaciones, conformidades o aprobaciones, por lo que la propia Administración puede resultar responsable de los daños y perjui-

cios causados a esos terceros como consecuencia del defectuoso ejercicio de su potestad de control, responsabilidad que no es objeto de debate ni reclamación en el proceso de regularización urbanística ni, por tanto, de pronunciamiento alguno en la sentencia que se ejecuta; e) La finalidad del precepto no es otra que la de garantizar que las eventuales indemnizaciones a esos terceros de buena fe (que habrán de reconocerse en los oportunos procedimientos) puedan hacerse efectivas, correspondiendo al órgano judicial de la ejecución concretar, en cada caso, el concepto jurídico indeterminado ‘garantías suficientes’, que no supone el reconocimiento del derecho a una determinada indemnización, sino, únicamente, su aseguramiento de manera cautelar”.

Y concluimos destacando las afirmaciones realizadas en la más reciente STS sobre la materia, cual es la STS de 7 de octubre de 2019 (RC 5759/2018):

“(…) es la propia finalidad del precepto la que determina su contenido, según el cual, se 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. Lo que se persigue es garantizar que el reconocimiento del derecho de terceros a las indemnizaciones debidas, que se lleve a cabo en el correspondiente procedimiento, podrá hacerse efectivo convenientemente. No se trata de supeditar la demolición a la previa declaración del derecho a la indemnización debida sino de asegurar que tales declaraciones, si se producen y cuando se produzcan, resulten efectivas, mediante la adopción por el Juez o Tribunal de las garantías suficientes, para responder del pago, que es el efecto propio de la declaración de la indemnización debida. En otras palabras, se asegura que, al margen de la efectividad y materialización del derecho a la regularización urbanística declarado en la sentencia que se ejecuta, resulte igualmente efectivo el reconocimiento del derecho de terceros a la correspondiente indemnización, que aun no habiendo sido objeto del proceso, pueda ser reconocido en otro distinto y legalmente previsto al efecto.

No se trata de la tutela judicial propiciada a través de un pronunciamiento declarativo de derechos y condena a su efectividad sino de una actividad judicial garantista, asegurando que en su momento podrán hacerse efectivas indemnizaciones que resulten del procedimiento correspondiente.

El art. 108.3 no contempla pronunciamientos judiciales dirigidos a declarar la existencia de concretos terceros de buena fe, que hayan

sufrido lesiones o daños que no tengan el deber de soportar y que, en consecuencia, deban de ser reparados en una determinada cuantía, pues lo que establece el precepto es que el órgano judicial, al margen de tales pronunciamientos, exija la prestación de las garantías suficientes para responder de su efectividad en la medida que puedan producirse.

(...) La exigencia de tales garantías, como se desprende de lo expuesto y en contra de lo que se sostiene por el recurrente, no son consecuencia de ‘una acreditación de que la Administración contribuyó con su actuación a la generación del derecho a obtener una indemnización que se pretende asegurar’ sino de una previa valoración, no declarativa de derechos, de las circunstancias concurrentes de las que se desprenda la incidencia que la ejecución de la sentencia pueda acarrear en cada caso para los terceros en general, de manera que sobre los mismos se proyecta una tutela judicial cautelar o de garantía al margen de la concreta declaración o reconocimiento de su derecho y, precisamente, para asegurar que, caso de que se produzca esa concreta declaración, resulte eficaz y no se vea frustrada de antemano mediante la ejecución de la sentencia de demolición”.

Consecuentemente, procede por cuanto antecede, la desestimación del presente recurso de casación, así como de las pretensiones deducidas en relación con el mismo, por ajustarse las decisiones de los autos impugnados a las interpretaciones que realizamos.

12

Elementos subjetivos del artículo 108.3 LJCA

12.1.– La conceptualización de tercero de buena fe se va abordando en las sentencias del Tribunal Supremo, Sala 3.^a, Sección 5.^a, de 21 de marzo de 2018 (ponente: Herrero Pina, Octavio Juan), de 21 de marzo de 2018 (ponente: Fernández Valverde, Rafael), de 25 de mayo de 2018 (ponente: Tolosa Tribiño, César), de 1 de junio de 2018 (ponente: Suay Rincón, José Juan), de 18 de junio de 2018 (ponente: Tolosa Tribiño, César), de 28 de junio de 2018 (ponente: Fernández Valverde, Rafael), y de 11 de julio de 2018 (ponente: Fernández Valverde, Rafael), en los siguientes términos:

CUARTO.– *Partiendo de estas consideraciones se deduce sin esfuerzo y de manera lógica y consecuente la justificación y finalidad de la inclusión por el legislador del precepto examinado, tanto en cuanto a su necesidad como a su contenido y alcance.*

Así, el precepto responde a la necesidad de atender a las situaciones que acabamos de describir, de existencia de procesos sobre regularización urbanística de determinadas edificaciones o instalaciones, cuya efectividad, mediante la ejecución de la correspondiente sentencia, puede incidir en la situación jurídica de terceros, causándoles un perjuicio patrimonial indemnizable cuyo derecho, por no ser determinante de la legalidad urbanística cuestionada, no ha sido debatido ni declarado en el proceso, pero que puede verse frustrado si, una vez obtenido su reconocimiento en el correspondiente procedimiento establecido al efecto, no se hace efectivo y ya se ha llevado a cabo la regularización urbanística mediante la demolición de lo construido y la reposición de la realidad física alterada.

No se ocultan las dificultades que plantea la determinación del ámbito subjetivo al que se refiere el precepto, dados los escuetos términos en que se expresa, “terceros de buena fe”, que no permiten una identificación precisa y concreta con carácter previo y al margen de las circunstancias de cada caso. No obstante, una interpretación sistemática del precepto, atendiendo a la finalidad perseguida, nos permite señalar o trazar el marco en el que ha de moverse el órgano judicial en su aplicación. Así, en sentido positivo, el precepto se refiere a terceros de buena fe que, en tal concepto, puedan resultar titulares de una indemnización debida, por lo que, teniendo en cuenta que hablar de indemnización debida implica, salvo excepciones, la buena fe del perjudicado, ha de entenderse que el ámbito subjetivo al que se refiere el precepto se identifica con los terceros de puedan resultar beneficiarios de una indemnización, es decir, que puedan invocar e instar el reconocimiento de su condición de perjudicados con derecho a indemnización, condición que, consiguientemente, no puede circunscribirse a la de terceros adquirentes de buena fe protegidos por la fe pública registral sino que ha de extenderse a todos aquellos que puedan hacer valer un derecho a ser indemnizados en su condición de terceros perjudicados.

En sentido negativo, la condición de tercero implica que el título de imputación de la responsabilidad, que se trata de reparar mediante la indemnización debida, es ajeno y no ha sido ni ha podido ser objeto de examen y reconocimiento en el proceso de cuya ejecución se trata, pues en tal caso, titulares de licencia, promotores, ..., ha de estarse al ejercicio de su derecho en el proceso y las declaraciones efectuadas al respecto de la sentencia, ya que el art. 108.3 trata de proteger la situación de

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

No se trata de la tutela judicial propiciada a través de un pronunciamiento declarativo de derechos y condena a su efectividad sino de una actividad judicial garantista, asegurando que en su momento podrán hacerse efectivas indemnizaciones que resulten del procedimiento correspondiente.

El art. 108.3 no contempla pronunciamientos judiciales dirigidos a declarar la existencia de concretos terceros de buena fe, que hayan sufrido lesiones o daños que no tengan el deber de soportar y que, en consecuencia, deban de ser reparados en una determinada cuantía, pues lo que establece el precepto es que el órgano judicial, al margen de tales pronunciamientos, exija la prestación de las garantías suficientes para responder de su efectividad en la medida que puedan producirse.

El precepto no introduce una fórmula o procedimiento para el reconocimiento de derechos de terceros de buena fe sino para garantizar que, cuando tal reconocimiento se produzca en la forma legalmente establecida, exista la garantía precisa para su efectividad.

También en los términos de las sentencias del Tribunal Supremo, Sala 3.^a, Sección 5.^a, de 21 de marzo de 2018 (ponente: Fernández Valverde, Rafael), de 1 de junio de 2018 (ponente: Suay Rincón, José Juan), de 28 de junio de 2018 (ponente: Fernández Valverde, Rafael), y de 11 de julio de 2018 (ponente: Fernández Valverde, Rafael):

Por otra parte, esta Sala ya se ha pronunciado sobre el alcance del artículo 108.3 de la LRJCA, aunque haya sido en relación con el debate relativo a si el precepto supone o integra un supuesto de inejecución de sentencia, señalando en la STS de 21 de septiembre de 2017 (RC 477/2016), que: tanto desde una perspectiva temporal como sistemática permite afirmar que el legislador no ha pretendido dispensar a los propietarios y a la administración de una medida genérica e indiscriminada de suspensión o paralización temporal de las ejecuciones de las sentencias de demolición de inmuebles, sino de dotar al juez, una vez acreditada la necesidad, adecuación y proporcionalidad de la demolición, de determinados poderes en orden a que dicha demolición no haya de causar efectos irreparables en los terceros adquirentes de buena fe. Esto es, mientras el art. 105 lo que prevé son supuestos de inejecución de sentencias por causas legales o materiales, el art. 108.3 se sitúa en un momento posterior del proceso de ejecución, en cuanto se incluye en un

precepto que recoge los poderes del juez para que la ejecución se lleve a efecto, con lo cual se convierte en una fase más de la ejecución, pero nunca en un impedimento, ni siquiera temporal para la ejecución de la sentencia.

Consecuentemente se ha de entender que lo que hace la norma no es regular un obstáculo a la ejecución, sino añadir un deber de hacer en la ejecución de estos fallos. Al deber de demoler, se une el de garantizar los perjuicios que puedan derivarse para los adquirentes de buena fe. En caso de no hacerlo, el juez debe ocuparse de que así sea, adoptando medidas de coerción y exigiendo responsabilidades de todo tipo, hasta que se haya constituido la garantía, voluntariamente o de forma forzosa, esto es el juez deberá, dentro del mismo proceso de ejecución de la sentencia de demolición, ir resolviendo paralelamente sobre estas cuestiones, teniendo como objetivo final conseguir la restauración del orden jurídico alterado, finalidad conforme al interés público que el proceso demanda, sin perjuicio de la tutela de los intereses privados que puedan verse concernidos.

En definitiva el legislador, junto con la finalidad de preservación del interés público que protege la ejecución de sentencias urbanísticas en cuanto instrumento dirigido al restablecimiento de la realidad física alterada, ha tratado de introducir la defensa y protección por parte del órgano judicial de los intereses privados de aquellos que habiendo adquirido de buena fe, pueden resultar perjudicados por tal ejecución, si bien, consideramos, que dicha protección no puede alzarse ni considerarse preeminente al interés público que en el proceso se trata de proteger y restaurar.

De todo lo expuesto se deduce la configuración de un trámite integrado en el procedimiento de ejecución de la sentencia, que no supone un obstáculo a la ejecución sino la acomodación de la misma a las circunstancias propias de este tipo de procesos desde una doble perspectiva, atendiendo, por un lado, a la efectividad del derecho y los intereses reconocidos en la sentencia y, por otro, a la garantía de aquellos otros intereses económicos o indemnizaciones que puedan reconocerse a terceros de buena fe al margen del proceso, y que consiste en la adopción por el órgano jurisdiccional de las medidas de aseguramiento que resulten suficientes para responder del pago de las mismas; medidas de aseguramiento que, como sucede en la generalidad de los supuestos en que se establecen por la ley en previsión de posibles responsabilidades, han de ser valoradas, en su existencia y alcance, por el órgano judicial competente para ello, atendiendo a los datos y elementos de juicio de que

disponga y pueda recabar en el procedimiento, resolviéndose las controversias que puedan surgir al respecto, en el correspondiente incidente de ejecución de sentencia, como dispone el artículo 109.1 de la LRJCA. A tal efecto no está de más añadir que, como ya indicamos en la citada STS de 21 de septiembre de 2017, el interés preeminente en la ejecución de la sentencia es el restablecimiento de la legalidad urbanística, que constituye el pronunciamiento judicial en respuesta a la tutela judicial demandada en el proceso, de manera que la exigencia de garantías en previsión de posibles responsabilidades frente a terceros ha de llevarse a cabo, por el órgano judicial, sin perder de vista ese interés preeminente, y valorando, en consecuencia, la incidencia que puedan tener en la efectiva ejecución en tiempo y forma del derecho declarado en la sentencia. Tampoco en este aspecto resulta justificada la interpretación defendida por la parte recurrente, que supondría, cuando menos, una demora considerable en la ejecución de la sentencia y, previsiblemente, convertir la garantía de los derechos de terceros en un importante y desproporcionado obstáculo para la realización y efectividad de los derechos reconocidos en el proceso, resultado que evidentemente está muy lejos y es contrario a la finalidad perseguida por el legislador al introducir el precepto examinado.

Especialmente de interés es el planteamiento de si corresponde al juez o tribunal promover la identificación y el emplazamiento de los terceros de buena fe que se abordan en las sentencias del Tribunal Supremo, Sala 3.ª, Sección 5.ª, de 18 de junio de 2018 (ponente: Tolosa Tribiño, César), de 28 de junio de 2018 (ponente: Fernández Valverde, Rafael), y de 11 de julio de 2018 (ponente: Fernández Valverde, Rafael):

4º) Si corresponde al Juez o Tribunal promover la identificación y emplazamiento de los posibles terceros de buena fe titulares de un eventual derecho de indemnización.

El precepto no introduce una fórmula o procedimiento para el reconocimiento de derechos de terceros de buena fe sino para garantizar que, cuando tal reconocimiento se produzca en la forma legalmente establecida, exista la garantía precisa para su efectividad.

Para la conceptualización de tercero de buena fe para titulares de vivienda habitual o donde desarrollen sus actividades profesionales, de residencias vacacionales o segundas residencias, pero no para promotores de la licencia, son de interés las sentencias del Tribunal Supremo, Sala 3.ª, Sección 5.ª, de 25 de mayo de 2018 (ponente: Tolosa Tribiño, César), de 1 de junio de 2018 (ponente: Suay Rincón, José Juan), de 18 de junio de 2018 (ponente: Tolosa

Tribiño, César), de 28 de junio de 2018 (ponente: Fernández Valverde, Rafael), y de 11 de julio de 2018 (ponente: Fernández Valverde, Rafael):

DÉCIMO: Lo primero que cabe aclarar es que la condición de terceros de buena fe no puede predicarse exclusivamente de los titulares de edificaciones que constituyan su vivienda habitual o el lugar donde desarrollan su actividad profesional, dado que tal restricción supondría dejar fuera de la protección del precepto el grueso de los supuestos reales que suelen afectar a residencias vacacionales o segundas residencias.

No obstante, y en consonancia con el criterio expuesto en nuestra anterior sentencia, debemos concretar que la finalidad del nuevo artículo 108.3 de la LJCA es dispensar protección a aquellas personas que disfrutan de buena fe una edificación y, con posterioridad, una sentencia judicial ha ordenado su demolición por considerarla ilegal, sin que, tuvieran conocimiento de la situación de ilegalidad en la que se encontraba dicha edificación.

Consecuentemente, el promotor que obtuvo la licencia declarada nula no puede ser considerado tercero de buena fe comprendido en el artículo 108.3 LRJCA. En primer lugar, porque como titular de la licencia ha sido parte en el proceso y, en consecuencia, no puede ser considerado tercero. En segundo lugar, el artículo 108.3, viene a salvaguardar los intereses de terceros que no son titulares de la licencia cuyos derechos puedan verse afectados por la demolición de la obra amparada en la licencia sin haber sido parte en el proceso.

En definitiva, el titular de la licencia declarada nula que ha intervenido en el recurso, no es un tercero ajeno al proceso al que se le pueda tener como tercero de buena fe a los efectos del art. 108.3 LRJCA.

A su vez se ha establecido que tercero de buena fe no lo es el titular de la licencia ni el copropietario, ni tampoco la entidad bancaria que concede un préstamo y derecho real de hipoteca y servidumbre de paso que no se ejercitan por sus titulares. Así en las sentencias del Tribunal Supremo, Sala 3.^a, Sección 5.^a, de 18 de junio de 2018 (ponente: Tolosa Tribiño, César), de 28 de junio de 2018 (ponente: Fernández Valverde, Rafael), y de 11 de julio de 2018 (ponente: Fernández Valverde, Rafael):

OCTAVO: En consonancia con el criterio expuesto en nuestra anterior sentencia, debemos concretar que la finalidad del nuevo artículo 108.3 de la LJCA es dispensar protección a aquellas personas que disfrutan de buena fe una edificación y, con posterioridad, una sentencia judicial ha ordenado su demolición por considerarla ilegal, sin que, tuvieran conocimiento de la situación de ilegalidad en la que se encontraba dicha edificación.

Consecuentemente, el titular y copropietario que obtuvieron la licencia declarada nula no pueden ser considerados terceros de buena fe comprendidos en el artículo 108.3 LRJCA. En primer lugar, porque como titulares de la licencia han sido parte en el proceso y, en consecuencia, no puede ser considerados terceros de buena fe. En segundo lugar, el artículo 108.3, viene a salvaguardar los intereses de terceros que no son titulares de la licencia cuyos derechos puedan verse afectados por la demolición de la obra amparada en la licencia sin haber sido parte en el proceso.

En definitiva, el titular de la licencia declarada nula que ha intervenido en el recurso, no es un tercero ajeno al proceso al que se le pueda tener como tercero de buena fe a los efectos del art. 108.3 LRJCA, consideración que cabe extender al copropietario de la vivienda en este caso.

Este mismo criterio, lo hemos mantenido en nuestra sentencia dictada en el recurso nº 325/2016.

NOVENO: Se defiende también la condición de terceros de buena fe del titular de un derecho real de hipoteca debidamente inscrito en el Registro de la Propiedad y del titular de una servidumbre real de paso para gasoducto constituida, en fecha 7 de agosto de 1989, a favor de Gas Natural sobre la finca en que se halla el inmueble afectado.

Sostiene la parte recurrente que “La nota simple registral que aparece reproducida en las actuaciones judiciales, aparte de acreditar quienes son los propietarios indivisos del inmueble afectado por una orden judicial de derribo, deja constancia que hay constituida una hipoteca, sobre el inmueble afectado por una orden de derribo, a favor de la Caixa d’Estalvis de Manresa (actualmente Banco Bilbao Vizcaya Argentaria) en virtud de la escritura de constitución de la hipoteca autorizada por Notario competente en fecha 16 de octubre de 2008, muy anterior a la sentencia dictada en el recurso ordinario seguido ante el Tribunal a quo, por lo que dicha entidad bancaria constituye un tercero de buena fe que puede quedar afectado en su esfera patrimonial por la desaparición del objeto de la hipoteca si llegara a materializarse la orden judicial de derribo de dicho inmueble”.

Por otra parte, se afirma que “La nota simple registral antes mencionada también deja constancia de la existencia de una servidumbre real de paso para gasoducto constituida, en fecha 7 de agosto de 1989, a favor de Gas Natural sobre la finca en que se haya el inmueble afectado por una orden de derribo judicial. Aunque en este supuesto es más difícil concretar que el derribo de la edificación pueda causar perjuicios económicos al titular real de una servidumbre de paso de gasoducto, ello no

significa que la compañía Gas Natural no deba ser considerada como tercero de buena fe al efecto que en el correspondiente incidente procesal de ejecución sea oída a los efectos pertinentes, durante la tramitación del cual, en el caso de comparecer previa citación del Tribunal, se dilucidaría si la servidumbre de paso de dicha compañía queda afectada por la orden judicial de derribo de la edificación”.

DÉCIMO: En definitiva, se nos pide un pronunciamiento acerca de una de las cuestiones más relevantes que plantea el nuevo precepto, que exige analizar si esa condición de terceros solo puede predicarse de los que ostenten un título de propiedad, o si también cabe extenderlo a quienes disfrutaran del inmueble por otro título, o a quienes por virtud de cualquier otra relación jurídica pueden resultar afectados y perjudicados por la demolición del inmueble.

Como ya hemos señalado, los escuetos términos en que se expresa “terceros de buena fe”, no permiten una identificación precisa y concreta con carácter previo y al margen de las circunstancias de cada caso; pues bien, examinando el supuesto objeto de enjuiciamiento, podemos afirmar, desde una perspectiva procesal, que no parece admisible que la parte trate de hacer valer derechos de terceros ajenos al proceso y, por otra parte, que los dos supuestos que se alegan en este caso, la entidad bancaria que concedió préstamo para la construcción de la edificación y el titular de un derecho de servidumbre de paso de gasoducto, que ni la parte es capaz de afirmar de forma tajante que quedaría afectada por la demolición, puedan estar amparados por las garantías previstas en el art. 108.3 LJCA.

...

Los escuetos términos en que se expresa, “terceros de buena fe”, no permiten una identificación precisa y concreta con carácter previo y al margen de las circunstancias de cada caso de los mismos, y que si bien es posible que titulares de otros derechos distintos del derecho de propiedad puedan ser considerados terceros a efectos de la aplicación del precepto, los dos supuestos que se alegan en este caso, la entidad bancaria que concedió préstamo para la construcción de la edificación y el titular de un derecho de servidumbre de paso de gasoducto, puedan estar amparados por las garantías previstas en el art. 108.3 LJCA.

12.2.– Debe destacarse la doctrina establecida sobre la exigencia de garantías suficientes no solo a la Administración, sino también a terceros tales como los promotores de las obras a demoler, y si lo es de forma aislada o de forma conjunta con la Administración, solidaria o subsidiariamente, cómo debería sustanciarse procesalmente dicha exigencia y la prescripción. Así en

la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 3.^a, Sección 5.^a, de 7 de octubre de 2019 (ponente: Herrero Pina, Octavio Juan):

Estas apreciaciones sobre el alcance del art. 108.3 de la LJCA permiten responder a la primera de las cuestiones que se suscitan en el auto de admisión de este recurso de reposición, por cuanto la construcción llevada a cabo sin la oportuna licencia constituye una grave infracción de la normativa urbanística que, cuando no sea susceptible de regularización, como es el caso que aquí se examina, determina que el restablecimiento de la legalidad urbanística ha de llevarse a efecto mediante la demolición de lo construido y reposición de la realidad física alterada, como ha declarado la sentencia objeto de la presente ejecución, lo que constituye un supuesto incluido en el ámbito de aplicación y la consiguiente exigencia de las garantías establecidas en el referido precepto. A tal efecto y en contra de lo que se sostiene por el recurrente, ha de tenerse en cuenta que el control administrativo sobre la regularidad de las actividades de edificación y uso del suelo comprende tanto el aspecto positivo de acomodar las autorizaciones y licencias a la normativa urbanística como el negativo de impedir la realización de actuaciones al margen de las autorizadas o careciendo totalmente de la licencia exigible, de manera que el referido control administrativo puede cuestionarse tanto por acción, concesión de licencias ilegales, como por omisión, por no ejercer las facultades que el ordenamiento jurídico le reconoce frente a las actividades urbanísticas que no se sujetan al previo control administrativo. Así lo reconoce, implícitamente, la Administración recurrente, cuando trata de justificar su falta de actuación y paralización de las obras por las razones que expone.

A ello ha de añadirse, que las declaraciones de esta Sala ponen de manifiesto que la determinación de la existencia, cuantificación y entidad deudora en concepto de responsabilidad patrimonial, no forma parte del ámbito propio de la ejecución del derecho declarado en la sentencia, que se refiere a la regularización urbanística y no a la responsabilidad patrimonial de la Administración o, en su caso, la indemnización debida en otro concepto, cuya existencia y alcance habrá de determinarse en el correspondiente procedimiento, con las garantías procesales legalmente establecidas, de manera que la exigencia de garantías económicas vienen referidas a la necesidad de atender a las situaciones que resultan de la existencia de procesos sobre regularización urbanística de determinadas edificaciones o instalaciones, cuya efectividad, mediante la ejecución de la correspondiente sentencia, puede incidir en la situación jurídica de terceros, causándoles un perjuicio patrimonial indemnizable

cuyo derecho, por no ser determinante de la legalidad urbanística cuestionada, no ha sido debatido ni declarado en el proceso, pero que puede verse frustrado si, una vez obtenido su reconocimiento en el correspondiente procedimiento establecido al efecto, no se hace efectivo y ya se ha llevado a cabo la regularización urbanística mediante la demolición de lo construido y la reposición de la realidad física alterada.

En el mismo sentido y ya en relación con la segunda cuestión suscitada en el auto de admisión de este recurso, es la propia finalidad del precepto la que determina su contenido, según el cual, se 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. Lo que se persigue es garantizar que el reconocimiento del derecho de terceros a las indemnizaciones debidas, que se lleve a cabo en el correspondiente procedimiento, podrá hacerse efectivo convenientemente. No se trata de supeditar la demolición a la previa declaración del derecho a la indemnización debida sino de asegurar que tales declaraciones, si se producen y cuando se produzcan, resulten efectivas, mediante la adopción por el Juez o Tribunal de las garantías suficientes, para responder del pago, que es el efecto propio de la declaración de la indemnización debida. En otras palabras, se asegura que, al margen de la efectividad y materialización del derecho a la regularización urbanística declarado en la sentencia que se ejecuta, resulte igualmente efectivo el reconocimiento del derecho de terceros a la correspondiente indemnización, que aun no habiendo sido objeto del proceso, pueda ser reconocido en otro distinto y legalmente previsto al efecto.

No se trata de la tutela judicial propiciada a través de un pronunciamiento declarativo de derechos y condena a su efectividad sino de una actividad judicial garantista, asegurando que en su momento podrán hacerse efectivas indemnizaciones que resulten del procedimiento correspondiente.

El art. 108.3 no contempla pronunciamientos judiciales dirigidos a declarar la existencia de concretos terceros de buena fe, que hayan sufrido lesiones o daños que no tengan el deber de soportar y que, en consecuencia, deban de ser reparados en una determinada cuantía, pues lo que establece el precepto es que el órgano judicial, al margen de tales pronunciamientos, exija la prestación de las garantías suficientes para responder de su efectividad en la medida que puedan producirse.

De esta forma, las garantías a que se refiere el art. 108.3 LJCA se proyectan sobre el alcance de la regularización urbanística declarada en

la sentencia de cuya ejecución se trata, es decir, a los pronunciamientos realizados en atención a lo efectivamente juzgado y lo establecido y previsto en el fallo en relación con el restablecimiento de la legalidad urbanística. Ello justifica la exigibilidad a la Administración, en la medida que en la propia sentencia se aprecie y declare su deficiente ejercicio, por acción –anulación de licencia– u omisión –obras sin la oportuna autorización–, de las facultades de control que el ordenamiento jurídico le atribuye, como es el caso que aquí se examina, en el que la sentencia en ejecución declara expresamente en relación con la actuación del Ayuntamiento, que “su conducta de total pasividad y desatención de sus deberes en relación con la legalidad urbanística es la que determinó la necesidad de la tramitación del presente recurso”.

La exigencia de tales garantías, como se desprende de lo expuesto y en contra de lo que se sostiene por el recurrente, no son consecuencia de “una acreditación de que la Administración contribuyó con su actuación a la generación del derecho a obtener una indemnización que se pretende asegurar” sino de una previa valoración, no declarativa de derechos, de las circunstancias concurrentes de las que se desprenda la incidencia que la ejecución de la sentencia pueda acarrear en cada caso para los terceros en general, de manera que sobre los mismos se proyecta una tutela judicial cautelar o de garantía al margen de la concreta declaración o reconocimiento de su derecho y, precisamente, para asegurar que, caso de que se produzca esa concreta declaración, resulte eficaz y no se vea frustrada de antemano mediante la ejecución de la sentencia de demolición.

Por las mismas razones y en los mismos términos, la posibilidad de exigencia de tales garantías a terceros tales como promotores de las obras a demoler, a que se refiere el auto de admisión, vendrá determinada, en su existencia y alcance –exigencia de forma aislada o conjunta con la Administración, solidaria o subsidiariamente–, por los pronunciamientos de la sentencia que se ejecuta acerca de su intervención en la regularización urbanística acordada por el Tribunal, realizados en razón de lo efectivamente juzgado en cada caso y sometido a la decisión jurisdiccional, a los que responde la ejecución y las consiguientes garantías exigidas para ello. Sin que resulte procedente, por lo tanto, otro planteamiento genérico al margen de las circunstancias del caso y alcance de los correspondientes pronunciamientos de la sentencia que se trata de ejecutar, siempre que los mismos hubieran intervenido en proceso o pudieran haberlo hecho.

CUARTO.– La interpretación del art. 108.3 LJCA que se acaba de establecer en relación con las cuestiones suscitadas en el auto de admisión

de este recurso de casación, conducen a su desestimación, en cuanto se rechaza, por las razones expuestas, el planteamiento principal de la parte relativo a la exclusión del ámbito objetivo del art. 108.3 LJCA de la demolición de viviendas que carecen de licencia y las consecuencias que anuda a tal exclusión, así como las alegaciones relativas a la inexigibilidad de responsabilidad al Ayuntamiento, que no es objeto de pronunciamiento en este trámite de ejecución ni resulta necesario como requisito previo para adoptar las medidas de garantía en cuestión. Tampoco se justifica la exigencia de tales garantías a los promotores de las obras a demoler, en cuanto la Sala de instancia no incluye en su sentencia pronunciamientos en relación a los mismos que justifique su imposición, siendo que, por el contrario, existe un preciso pronunciamiento de condena a la Administración recurrente.

Por otra parte y como hemos declarado en otras sentencias, caso de la de 18 de junio de 2018, citada por la de 11 de julio de 2018, el art. 108.3 resulta de aplicación a todos los supuestos o incidentes en que se plantee el momento, alcance o modo de demolición de una construcción ilegal, al margen de cuando se haya iniciado el pleito o incidente de ejecución, a lo que ha de añadirse que la prescripción de la acción de responsabilidad patrimonial habrá de plantearse, en su caso, frente al ejercicio de tal acción y atendiendo a las condiciones de tiempo y forma en que se haya ejercitado.

12.3.— Respecto a la obligación de afianzamiento y las haciendas locales son de destacar las sentencias del Tribunal Supremo, Sala 3.^a, Sección 5.^a, de 28 de enero de 2019 (ponente: Trillo Alonso, Juan Carlos), y de 7 de octubre de 2019 (ponente: Herrero Pina, Octavio Juan), al establecer:

Finalmente y como reconoce la propia Administración recurrente, esta Sala ya se pronunció sobre la cuestión relativa a la infracción del art. 173.2 del Texto Refundido de la Ley de Haciendas Locales, suscitada por el mismo Ayuntamiento en el recurso 5793/2017, resuelto por sentencia de 28 de enero de 2019, señalando que “el artículo 108.3 no solo es una norma especial referida específicamente al aseguramiento de una orden de demolición acordada en sentencia, y cuya ejecución se pretende, esto es, una norma procesal, sino también una norma posterior al Texto Refundido de la Ley de Haciendas Locales, cuya inaplicación a la administración en los términos que se pretende dejaría prácticamente sin contenido la indicada norma”, razones que no se desvirtúan por las alegaciones de carácter general sobre el alcance de dicho precepto y la prerrogativa administrativa en cuestión y tampoco por las que la parte realiza sobre la forma alternativa de satisfacer dicha garantía, cuya su-

ficiencia, en su caso, habrá de ser objeto de examen y valoración por el Tribunal que la impone.

13

Elementos objetivos: Indemnizaciones debidas

La interpretación del concepto de “Indemnizaciones indebidas” se aborda en las sentencias del Tribunal Supremo, Sala 3.ª, Sección 5.ª, de 21 de marzo de 2018 (ponente: Herrero Pina, Octavio Juan), de 21 de marzo de 2018 (ponente: Herrero Pina, Octavio Juan), de 1 de junio de 2018 (ponente: Suay Rincón, José Juan), de 28 de junio de 2018 (ponente: Fernández Valverde, Rafael), y de 11 de julio de 2018 (ponente: Fernández Valverde, Rafael), del siguiente modo:

Las consideraciones anteriores sirven de fundamento para interpretar el sentido de la expresión “indemnizaciones debidas”, que en este caso se utiliza para referirse al deber genérico de indemnizar a los terceros de buena fe, que no es consecuencia de una concreta declaración previa reconociendo la condición de tercero y la indemnización que es debida sino de la valoración de las circunstancias concurrentes de las que se desprenda la incidencia que la ejecución de la sentencia pueda acarrear en cada caso para los terceros en general, de manera que sobre los mismos se proyecta una tutela judicial cautelar o de garantía al margen de la concreta declaración o reconocimiento de su derecho y, precisamente, para asegurar que, producida, en su caso, esa concreta declaración, resulte eficaz y no se vea frustrada de antemano mediante la ejecución de la sentencia de demolición. No se ajusta a esa interpretación la mantenida por la parte recurrente, que considera la expresión “indemnizaciones debidas” como indemnizaciones líquidas, determinadas y exigibles.

Por lo demás, que la adopción de garantías no se refiera a una indemnización preestablecida y cuantificada y que, en consecuencia, su alcance y contenido responda al juicio o valoración del Juez o Tribunal atendiendo a las circunstancias del caso (personas y bienes afectados, formas de garantía), no constituye una novedad o situación excepcional sino, más bien al contrario, el supuesto más frecuente en estas situaciones. Sirva como referencia, para no acudir a otra norma procesal, la exigencia por el Juez o Tribunal de caución o garantía suficiente para responder de los perjuicios de cualquier naturaleza que pudieran derivarse de la adopción de una medida cautelar, que se regula en el art. 133 de la Ley de esta Jurisdicción.

Corresponde al órgano judicial concretar en cada caso el concepto jurídico indeterminado, garantías suficientes, que no supone el reconocimiento del derecho de terceros a una determinada indemnización sino, únicamente, el aseguramiento de manera cautelar ante la advertida existencia de terceros afectados en su situación patrimonial.

Y si se trataba de hacer valer la tramitación de un procedimiento de responsabilidad patrimonial sin el pago de la correspondiente indemnización, deben destacarse las sentencias del Tribunal Supremo, Sala 3.^a, Sección 5.^a, de 25 de mayo de 2018 (ponente: Tolosa Tribiño, César), de 1 de junio de 2018 (ponente: Suay Rincón, José Juan), de 28 de junio de 2018 (ponente: Fernández Valverde, Rafael), de 28 de enero de 2019 (ponente: Trillo Alonso, Juan Carlos), y de 28 de febrero de 2019 (ponente: Huerta Garicano, Inés), al dejar establecido:

En atención a lo precedentemente expuesto y centrándonos en la cuestión que conforme al auto de admisión tiene interés casacional, respondemos, al igual que hacíamos en la sentencia de 25 de mayo de 2018, que “[...] sin perjuicio de que la existencia de un procedimiento abierto de responsabilidad patrimonial constituye un elemento indiciario de la existencia de terceros perjudicados a efectos de la fijación de garantías, cuando la administración por mandato judicial, incluso por iniciativa propia, inicie un procedimiento de responsabilidad patrimonial para fijar las indemnizaciones derivadas de una ilegalidad urbanística, culminando dicho expediente con el abono de las indemnizaciones fijadas en el mismo, resulta evidente que no será preciso el juego del art. 108.3, dado que los derechos de los terceros afectados no necesitarán ser garantizados, al haber quedado previamente completamente satisfechos”.