

# A invalidez das licenzas urbanísticas non sempre dá lugar á demolición das obras: a propósito da reforma do artigo 108 da LXCA

La invalidez de las licencias urbanísticas no siempre da lugar a la demolición de las obras: a propósito de la reforma del artículo 108 de la LJCA

The invalidation of an urban planning license does not always lead to the demolition of construction: on the subject of the article's 108 LJCA reformation

52 Regap

IGNACIO CALATAYUD PRATS

Doutor en Dereito. Profesor de Dereito Administrativo  
CUNEF, Centro adscrito á Universidade Complutense de Madrid (España)  
icrats@cunef.edu

Recibido: 05/06/2016 | Aceptado: 29/06/2016

**Resumo:** O artigo analiza as consecuencias da invalidez dos actos administrativos e conclúe que non sempre que un acto é inválido van desaparecer as consecuencias nadas ao amparo del. Analízase a viabilidade de manter a construción ilegal realizada ao abeiro dunha licenza declarada inválida por sentenza en virtude da concorrencia de principios xurídicos (dereito á vivenda, protección do dominio público, evitar a destrución da riqueza) que obrigan á súa conservación. Analízase o artigo 108.3 LXCA, que introduce un suposto singular en que o lexislador considerou preciso suspender a demolición de construcións ilegais declaradas por sentenza como consecuencia da presenza dun terceiro adquirente de boa fe.

**Palabras clave:** invalidez, ineficacia, nulidade, licenza de obra, construción ilegal, demolición, execución de sentenza, imposibilidade de execución, terceiro adquirente de boa fe.

**Resumen:** El artículo analiza las consecuencias de la invalidez de los actos administrativos y concluye que no siempre que un acto es inválido van a desaparecer las consecuencias nacidas al amparo de él. Se analiza la viabilidad de mantener la construcción ilegal realizada al amparo de una licencia declarada inválida por sentencia en virtud de la concurrencia de principios jurídicos (derecho a la vivienda, protección del dominio público, evitar la destrucción de la riqueza) que obligan a su conservación. Se analiza el artículo 108.3 LJCA, que introduce un supuesto singular en el que el legislador ha considerado preciso suspender la demolición de construcciones ilegales declaradas por sentencia como consecuencia de la presencia de un tercer adquirente de buena fe.

**Palabras clave:** invalidez, ineficacia, nulidad, licencia de obra, construcción ilegal, demolición, ejecución de sentencia, imposibilidad de ejecución, tercer adquirente de buena fe.

**Abstract:** The article analyzes the consequences of the invalidity of administrative acts and concludes that when an act is invalid not always will disappear the consequences born under the protection of the act. Discusses the feasibility of maintaining illegal construction carried out under a license declared invalid by the judgment as a result of the

Regap



ESTUDIOS

application of legal principles (for example: right to housing, protection of the public domain, avoid the destruction of wealth). It study the article 108.3 LJCA which introduces a unique course in which the legislator has considered necessary to suspend the demolition of illegal buildings declared by judgment as a result of the presence of a third purchaser in good faith.

**Key words:** invalidity, inefficiency, construction permit, illegal construction, demolition, impossibility of execution of judicial decision, third purchaser in good faith.

**Sumario:** 1 A invalidez e a ineficacia dos actos administrativos. Formulación. 2 Invalidez formal e demolición. 3 Nulidade, anulabilidade e demolición. 4 Invalidez material e mantemento da obra declarada ilegal. 4.1 Fase procesual do xuízo de ineficacia. 5 A potestade de modular a execución dunha sentenza. 5.1 A inexecución de sentenzas desde 1888 ata 1998. 5.2 A inexecución de sentenzas a partir da Lei do solo de 1975 e da Lei da xurisdición contencioso-administrativa de 1998. 6 Licenzas inválidas, terceiros adquirentes de boa fe e demolición. A propósito da reforma do artigo 108 da LXCA. 6.1 A orixe do problema e a xurisprudencia do Tribunal Supremo en relación cos terceiros adquirentes de boa fe. 6.2 Análise do apartado 3 do artigo 108 da LXCA. 7 Conclusións. 8 Bibliografía.

## 1 A invalidez e a ineficacia dos actos administrativos. Formulación

Este artigo ten como obxectivo analizar, desde un punto de vista crítico, que consecuencias e efectos implica a declaración de invalidez dun acto administrativo por parte dun órgano xurisdiccional e, en concreto, as consecuencias que leva consigo a declaración de invalidez mediante sentenza dunha licenza urbanística.

Imos, polo tanto, analizar e cuestionar a concepción que existe no noso ordenamento xurídico administrativo acerca de dúas institucións intimamente ligadas entre si, como son a invalidez e a ineficacia do acto administrativo, desmitificando aquela expresión que indica que os efectos dos actos declarados inválidos deben ser eliminados do ordenamento xurídico.

En concreto, imos contrapor a invalidez e a ineficacia, imos comprobar como o feito de que un determinado acto administrativo sexa declarado inválido, no noso caso unha licenza, non vai dar lugar, como se dunha regra automática se tratase, á eliminación dos efectos que o dito acto xerou desde o momento en que foi ditado ata o momento en que se declarou inválido. Sen dúbida ningunha, o brocardo que afirma que *quod nullum est nullum effectum producit*, e que significa, nin máis nin menos, que o acto nulo non pode producir efectos ou algún tipo de consecuencias xurídicas, debe matizarse<sup>1</sup>.

Precisamente, o ordenamento xurídico e a práctica procesual demostran que a eliminación dos efectos xurídicos dos actos administrativos declarados inválidos non depende da súa conformidade ou non a dereito, senón que o mantemento dos seus efectos pode ser unha exigencia do propio ordenamento xurídico administrativo en atención ao cumprimento ben dunha norma, ben de principios xurídicos concretos<sup>2</sup>.

---

1 Tal como expresa J. A. SANTAMARÍA PASTOR, “a nulidade de pleno dereito como categoría dogmática (igual que sucede co fenómeno xeral da ineficacia dos actos xurídicos) foi e é un tema polémico de perenne actualidade, que obsesionou a doutrina de todos os tempos polas dificultades construtivas que ofrece (...) Unha análise elemental da nulidade de pleno dereito no noso ordenamento permite constatar a existencia dun espectacular divorcio entre a teoría e a praxe da categoría” (*La nulidad de pleno derecho de los actos administrativos*, Instituto de Estudos Administrativos, Madrid, 2.ª ed., 1975, p. 26).

2 Debemos, ademais, sinalar que non nos estamos a referir e non imos centrar o noso estudo na eficacia dos actos administrativos que presentan vicios de nulidade ou anulabilidade antes de que se produza a declaración de invalidez polo órgano correspondente, e que é consecuencia do principio de presunción de validez do acto administrativo e da autotutela declarativa e executiva da Administración, senón que nos imos centrar na eficacia e no mantemento dos efectos dos actos declarados inválidos. Non obstante, debemos xa adiantar que, sen dúbida ningunha, o feito de que un acto declarado inválido poida manter os seus efectos ou, o que é o mesmo, que non se eliminen os efectos xerados por un acto inválido a pesar de que este fose declarado inválido ten, precisamente, a súa orixe na presunción de

A necesidade de adecuar as institucións da invalidez e da ineficacia do acto administrativo e de levar a cabo un estudo dos efectos que produce a declaración de invalidez dun acto administrativo e o que sucede cos efectos e as consecuencias xeradas por un acto administrativo declarado inválido é unha reivindicación que parte da doutrina está a exixir ante a insatisfacción e os desaxustes que a teoría da invalidez e da ineficacia do acto administrativo xera na práctica procesual.

En efecto, son diversos os autores que reclaman unha análise e unha revisión das categorías e dos trazos que definen e identifican a estas e, en concreto, das consecuencias que a declaración de invalidez dun acto administrativo xera<sup>3</sup>.

En principio, a validez fai referencia á acomodación ou á ausencia de contradición entre unha norma ou un acto e outras existentes no ordenamento xurídico. Un ordenamento xurídico, un sistema normativo, non pode tolerar que se diten actos administrativos contrarios ás leis. A validez representa, así, o respecto xeral ou total ás regras do sistema.

A declaración institucional de invalidez dun acto administrativo debe ter, pois, unha serie de consecuencias ou efectos: o efecto destrutivo, que consiste na eliminación dos efectos xurídicos do acto, e o efecto reconstrutivo, que consiste en obrigar a reconstruír a situación xurídica anterior á producida polo acto anulado.

Así as cousas, declarada institucionalmente a invalidez do acto, este debe eliminarse do ordenamento xurídico e, con el, todos os efectos que aquel presumiblemente tivese xerado, dando lugar ao restablecemento xurídico da situación anterior ao ditado do acto, isto é, débese restaurar a orde vixente anterior ao acto (*in integrum restituito*)<sup>4</sup>.

Do exposto dedúcese que, en principio, no ámbito urbanístico unha das consecuencias que xera a invalidez da licenza cando esta se outorgue contrariando as determinacións e condicións urbanísticas do dereito de propiedade fixado nas leis e nos plans urbanísticos vai ser a reintegración da orde transgredida, co fin de facer desaparecer do mundo real e xurídico os actos ilegalmente producidos e de repor as cousas á situación e ao estado anterior á transgresión, en definitiva, a demolición.

---

validez e nas prerrogativas de autotutela declarativa e executiva da Administración, de tal xeito que, se os ditos principios e prerrogativas non existen, o ordenamento xurídico non establecería que os efectos dun acto declarado inválido se mantivesen.

- 3 Así, para J. A. SANTAMARÍA PASTOR, pioneiro na denuncia do desaxuste entre teoría da invalidez do acto e a práctica procesual, "Á nulidade atribuíronselle –e aínda se lle atribúen– virtudes e efectos que nunca posuíron nin produciron de modo pleno, baseándose nunha bela construción tan lóxica como artificiosa. Como teremos ocasión de demostrar, a actuación *ipso iure* da nulidade, a súa imprescritibilidade, a acción popular e a eficacia *ex tunc* ou *ex nunc* foron conceptos máis ideais que reais, auténticas pretensións míticas que lastraron irredutiblemente toda posibilidade de construción sensata" (*La nulidad de pleno derecho de los actos administrativos*, cit., p. 47). Do mesmo xeito, T. CANO CAMPOS, considera que "A invalidez dos actos xurídicos constitúe un dos conceptos xurídicos que máis resistencia ofreceu a un tratamento dogmático satisfactorio e axeitado. A súa importancia levou a doutrina a ocuparse del de forma reiterada, pero os resultados obtidos, lonxe de acadaren un razoable grao de consenso na doutrina, non lograron evitar que siga sendo un dos temas máis confusos e problemáticos da dogmática xurídica. Iso é especialmente claro no ámbito do dereito administrativo, onde a teoría da invalidez dos actos administrativos non conseguiu alcanzar unha configuración técnica adecuada que explique a verdadeira esencia do fenómeno, o seu efectivo funcionamento na realidade xurídica e as auténticas consecuencias que del derivan, de modo que se eviten as importantes revisións e críticas de que o tema é obxecto de forma recorrente por parte da doutrina (...) A pesar de que nos últimos anos se avanzou considerablemente na clarificación deste preocupante panorama, a teoría da invalidez dos actos administrativos aínda non logrou desprenderse de moitos deses lastres nin alcanzar uns resultados razoablemente aceptables (...) Á invalidez, en fin, séguenselle atribuíndo uns efectos ou consecuencias que a práctica xurídica, e ata o propio dereito positivo, se encargan de desmentir diariamente" ("La invalidez de los actos administrativos y sus consecuencias", *Revista General de Derecho Administrativo*, n.º 8, 2005, pp. 1-2).
- 4 Unha obra indispensable á hora de analizar a invalidez e a ineficacia e, en consecuencia, a posibilidade de que se manteñan os efectos e as situacións xurídicas nadas de actos declarados inválidos é o libro de LETELIER WARTENBERG, R., *Nulidad y restablecimiento en procesos contra normas*, Civitas, Madrid, 2011.

Non obstante, en numerosos casos a eficacia sancionadora do ordenamento, a súa capacidade de reacción contra os actos inválidos choca co peso morto da realidade. En moitos supostos, a pesar de que o acto é declarado inválido, os efectos que produciu non se eliminan. E non se trata pois dunha falta de actuación da invalidez, senón da resistencia positiva dos feitos a seren eliminados e da necesaria protección de certas situacións nadas ao abeiro do acto inválido que son por si merecedoras de non seren eliminadas<sup>5</sup>.

Para determinar se deben ou non suprimirse os efectos ou as situacións xurídicas nadas ao abeiro dun acto posteriormente declarado ilegal, cómpre realizar un xuízo dinámico que teña en conta as circunstancias acaecidas entre o momento en que nace o acto administrativo e o momento en que se realiza a declaración de invalidez por sentenza. Non basta e non nos serve para comprender o fenómeno que pretendemos analizar con levar a cabo, como se adoita realizar, un xuízo estático sobre a invalidez do acto, isto é, un xuízo abstracto no que unicamente se teña en conta a análise comparativa de adecuación entre o acto e o ordenamento xurídico sen ter en conta que desde que nace ese acto ata que, moito tempo despois, un órgano xurisdiccional coñece definitivamente sobre a súa validez, o acto produciu efectos ou modificou a realidade.

A decisión de eliminar os efectos ou situacións xurídicas emanadas dun acto administrativo non depende ou non pode levarse a cabo a través dun mero xuízo de invalidez no que se contraste a adecuación do acto co ordenamento xurídico; pola contra, á hora de considerar se procede ou non eliminar os efectos do acto administrativo inválido, débense ter en conta toda outra serie de circunstancias tales como o tipo ou clase de acto declarado inválido, o tipo de vicio, a gravidade do vicio, a actuación das partes na xeración do vicio, a materia sobre a que versa o acto administrativo, etc.<sup>6</sup>

Desta forma, do mesmo xeito que non existe unha correlación automática entre validez e eficacia, non existe unha correlación automática entre invalidez e ineficacia. A eficacia e, sobre todo, a ineficacia constitúen unha realidade ou institución autónoma que non sempre é consecuencia da declaración de invalidez dun acto, aínda que a dita declaración de invalidez é un requisito ou presuposto que se ten que dar para que proceda a ineficacia, aínda que non o único<sup>7</sup>.

---

5 Cfr. SANTAMARÍA PASTOR, J. A., *La nulidad de pleno derecho de los actos administrativos*, cit., p. 164.

6 Dada a claridade con que o expresa J. A. SANTAMARÍA PASTOR, transcribimos o seguinte parágrafo: “O método de análise dun determinado fenómeno xurídico debe tomar como puntos iniciais de aproximación os elementos primarios que constitúen a esencia global do dito fenómeno. Polo que á nulidade se refire (como logo examinaremos con máis detalle), os elementos en cuestión son, fundamentalmente, catro: en primeiro lugar, a norma, como mandato estatal que impón coactivamente unha estrutura típica, un modelo ideal para cada clase de actos; en segundo lugar, o acto, na súa realidade individualizada de axuste ou desaxuste co esquema previsto pola norma; en terceiro lugar, o xuíz, entendida esta expresión no sentido amplo de órgano que aplica o dereito e a quen en concreto lle compete a función de axuizar e pronunciar a adecuación ou inadecuación do acto con respecto á norma; e, por último, a esfera dos efectos, na súa dobre vertente de: 1) efectos que produce o acto –ou que debería producir– en ausencia dun pronunciamiento sobre a súa adecuación á norma, e 2) efectos que producirá o acto tras o pronunciamiento xudicial aludido. A mesma pluralidade de elementos que constitúen a estrutura da situación xurídica de nulidade indica a posible diversidade de métodos de construción, segundo se tome como *leit motiv* un ou outro deles, ben considerado individualmente, ben en combinacións máis ou menos complexas” (*La nulidad de pleno derecho de los actos administrativos*, cit., p. 61).

7 Tal como expresa J. A. SANTAMARÍA PASTOR, “O acto estruturalmente regular (válido) non sempre é eficaz: un negocio pode ser plenamente ineficaz, como o demostran os seguintes exemplos: (...) E, viceversa, o acto inválido non é necesariamente ineficaz; a irregularidade estrutural non obsta para que o acto produza, no entanto, efectos, como acontece nos seguintes casos: (...) supostos de actos nulos que, non obstante, producen determinados efectos imposto *ex lege* (matrimonio putativo...). Segunda, e fundamental, leva á formulación dun conxunto de proposicións irrealis que desconectan palmariamente a construción teórica da realidade xurídica. Non pode esquecerse que a cualificación da validez, – isto é, do axuste estrutural entre acto e norma – se produce nun plano ideal, puramente teórico, mentres que a cualificación de eficacia ou de ineficacia só pode derivar dos feitos. Abreviadamente, esta conclusión podería resumirse nas seguintes

Do exposto dedúcese que os órganos xurisdicionais, cando analizan a validez dun acto administrativo, unicamente deben realizar un xuízo estático, abstracto e comparativo entre o acto e o ordenamento xurídico; pola contra, cando levan a cabo o xuízo de ineficacia, deben realizar un xuízo dinámico que teña en conta as circunstancias que concorreron ao ditar o acto e durante a vida deste.

Neste sentido, a obriga ou a posibilidade de manter os efectos do acto declarado inválido pode ser realizada polo ordenamento xurídico ben directamente mediante unha norma xurídica que, de xeito expreso, estableza e lle impoña ao xuíz a obriga de respectar os efectos que o acto produciu con anterioridade ao momento da súa supresión, ben mediante a atribución ao órgano xurisdiccional da posibilidade de aplicar, de forma discrecional, unha serie de principios xurídicos<sup>8</sup>.

En materia urbanística, para determinar a posible supresión dos efectos dunha licenza declarada inválida por sentenza, será necesario ter en conta o tipo de vicio, se é formal ou material, a gravidade da transgresión, a conduta das partes na xeración da transgresión e as circunstancias que poden concorrer desde que esta se xerou ata que se dita unha sentenza que declara a invalidez.

## 2 Invalidez formal e demolición

Como sabemos, o contido do dereito de propiedade urbana vén definido, delimitado e configurado pola lei e os plans urbanísticos; a lei e os plans definen cal é en cada caso a extensión do dereito de propiedade ao precisar o seu contido en función do destino concreto deste.

Deste modo, a posibilidade de edificar, construír ou non nun determinado solo e qué se pode edificar ou construír veñen definidos con precisión nos plans urbanísticos.

Agora ben, a construción de edificios e a realización das obras que neles se executan precisan con carácter previo da preceptiva licenza. A licenza urbanística, e en concreto a licenza de obras, é unha técnica que, xustamente, permite á Administración controlar de xeito preven-

---

proposicións: a) A invalidez é unha cualificación puramente teórica derivada da constatación dun desaxuste entre a estrutura real do acto e a estrutura tipo normativa; a ineficacia, en sentido estrito, é un dato exclusivamente empírico, derivado da comprobación de que, de feito, o acto en cuestión non produciu efectos, con independencia da orixe desta circunstancia; b) Non existe, pois, unha correlación automática, ontoloxicamente necesaria entre validez e eficacia, dun lado, e entre invalidez e ineficacia, doutro. A eficacia ou ineficacia dun acto constitúe, en principio, unha realidade autónoma que pode ou non ser consecuencia dun status de validez ou invalidez. Falar de ineficacia como a cualificación de non produción de efectos no plano teórico supón, ademais dunha *contradictio in terminis*, unha confusión do tendencial co real (...)” (*La nulidad de pleno derecho de los actos administrativos*, cit., pp. 155-160).

8 Tal como manifesta R. LETELIER WARTENBERG, “en diversos casos, a regulación da relación entre o XVI e o XVC non se establece só a través dunha regulamentación expresa, como sucedía nos casos anteriormente examinados, senón que a dita regulación é deseñada mediante a incorporación dunha serie de principios xurídicos cuxos contidos lle dan forma a esa regulación. (...) Os tribunais usan unha variada gama de principios como forma de limitar os efectos que levaría consigo adoptar unha regulación de nulidade radical. Estes principios, da mesma forma que as regras de anulabilidade ou de derogación, veñen definir a extensión do ámbito de supresión do XVC delimitando do mesmo xeito o ámbito de respecto ou consideración ao XVI. Así as cousas, tanto a supresión como a reversión dos efectos estrutúranse sobre a base da regulación de nulidade radical, mentres que a corrección deses efectos totais se levaría a cabo mediante a aplicación do respectivo principio xurídico. É entón a síntese entre as normas de nulidade e estes principios en xogo a que vén deseñar a específica regulación desta colisión entre xuízos de validez (...) O caso do principio de seguridade xurídica, por exemplo, representa un caso de aplicación desta proposición. Mentres un caso concreto, unha lei ou un acto administrativo omitiron algún requisito de validez, a sanción para tal omisión pode consistir na nulidade total daquela norma coa completa reversión dos efectos que a norma produce. Non obstante, (...) o xuíz pode, no momento de decidir a nulidade e conseguinte supresión da norma xurídica, recoñecer a aplicación ao caso dun principio como o de seguridade xurídica, cuxo efecto non é outro que o de deixar indemnes os efectos do XVI, limitándose, desta forma, a reversión a un momento definido polo tribunal en canto aplicación do mesmo principio” (*Nulidad y restablecimiento en procesos contra normas*, cit., pp. 312-313).

tivo o cumprimento das exixencias previstas nas normas e o cumprimento do planeamento por parte do propietario. A obtención de licenza require a tramitación dun procedemento<sup>9</sup>.

Pois ben, a licenza outorgada pode ser inválida ben por cuestións formais, isto é, porque foi ditada por órgano non competente ou porque non se respectou o procedemento administrativo (ausencia dalgún informe), ou ben pode ser inválida por razóns materiais, isto é, porque a obra é contraria á ordenación urbanística, ou, o que é o mesmo, porque se permitiu a realización dunha obra ou construción á que non ten dereito o propietario.

Pois ben, como indicamos, as consecuencias da invalidez da licenza van variar substancialmente se o vicio que esta xerou é formal ou, pola contra material.

En efecto, o feito de que a licenza sexa contraria ao ordenamento xurídico por un incumprimento das normas que rexen a competencia ou o procedemento de outorgamento destas non significa que a obra executada sexa contraria aos plans urbanísticos indo máis alá do seu dereito de propiedade. Deste xeito, é posible que a obra realizada conforme a licenza declarada inválida por motivos formais se axuste e adapte ao planeamento, non sendo posible, polo tanto, que a consecuencia xurídica da invalidez sexa a demolición, e iso porque a obra é materialmente correcta. Deste modo, a invalidez dunha licenza por un vicio formal non vai ter como consecuencia a demolición da obra executada, senón a obriga de que se tramite un novo procedemento<sup>10</sup>.

Nestes casos, a sentenza que declara a invalidez por un vicio formal débese entender correctamente executada cando se tramite o procedemento legalmente establecido para o seu outorgamento, independentemente do resultado. Polo tanto, unha vez declarada a invalidez de licenza como consecuencia de existencia de defecto formal, a execución da sentenza cúmprese coa tramitación do procedemento ou a corrección do trámite que deu lugar á nulidade, resolución do procedemento que pode dar lugar a que ou ben se conceda a licenza ou ben se denegue. Esta nova resolución é un acto administrativo e non un acto de execución de sentenza, razón pola cal calquera controversia sobre este (en concreto se é ou non conforme materialmente co planeamento urbanístico) requirirá o inicio dun novo proceso, non sendo, en consecuencia, susceptible de incidente de execución.

Do exposto dedúcese que a invalidez dunha licenza por razóns formais non vai dar lugar e non vai ter como consecuencia xurídica a demolición da obra construída; unicamente cando a obra, e en consecuencia a licenza, sexa contraria materialmente ás determinacións urbanísticas será posible a demolición e, como veremos, non sempre.

---

9 Con carácter xeral, o procedemento para a obtención dunha licenza de obras iníciase mediante solicitude do interesado, á que, con carácter xeral, as distintas leis das Comunidades Autónomas exixen que se acompañe dunha memoria indicativa da finalidade e uso das obras proxectadas, acreditando o aproveitamento preexistente e xustificando a adecuación á ordenación urbanística vixente. Un proxecto suscrito por un técnico competente cos planos e prescricións necesarias para controlar a adecuación á normativa. Unha vez presentada a solicitude coa documentación necesaria, son trámites da instrución do procedemento: a) a comunicación ás Administracións afectadas para que emitan informe sobre aspectos da súa competencia; b) a emisión do informe ou informes técnicos que teñen como obxectivo o exame da adecuación do proxecto á legalidade urbanística, normas de edificación e construción, así como á redución do impacto ambiental e conservación enerxética; c) a emisión dun informe xurídico que analice a legalidade de obra; d) os restantes trámites necesarios ou convenientes por razón da localización ou natureza dos actos ou operacións ou efectos.

10 Un exemplo do exposto constitúeo a Sentenza do 2 de xullo de 1998, do Tribunal Supremo (Sala do Contencioso-Administrativo, Sección 5.ª) RX 1998\5737.

### 3 Nulidade, anulabilidade e demolición

Tal como expuxemos á hora de considerar se procede ou non a eliminación dos efectos do acto administrativo inválido, débense ter en conta circunstancias tales como o tipo ou clase de acto declarado inválido, o tipo de vicio ou a gravidade do vicio (nulidade ou anulabilidade).

Neste sentido, podería pensarse que a demolición como consecuencia da declaración de invalidez dunha licenza vai depender de que nos atopemos ante un suposto de nulidade de pleno dereito ou de anulabilidade da licenza<sup>11</sup>. Sen dúbida ningunha, a gravidade do incumprimento material puidese, e quizais debese, ser unha razón que xustifique unha modulación das consecuencias da invalidez; non obstante, e aínda que puidese parecer o contrario, debemos indicar que no noso ordenamento xurídico o feito de que nos atopemos ante un suposto de nulidade de pleno dereito ou de anulabilidade non vai variar as consecuencias da invalidez<sup>12</sup>.

Non é posible, polo tanto, distinguir a nulidade e a anulabilidade en canto aos efectos *ex tunc* ou *ex nunc* da declaración de invalidez realizada<sup>13</sup>.

Neste sentido, se a declaración de invalidez dunha licenza urbanística por incorrer en vicio de anulabilidade tivese efectos *ex nunc*, isto é, que só se deben eliminar os efectos xerados a partir da declaración de invalidez, as obras realizadas e executadas en virtude desas licenzas deberíanse manter, e iso porque, de ser certo que a declaración de nulidade só produce efectos a partir da sentenza, os efectos anteriores da licenza, e polo tanto a obra, serían lexítimos.

- 
- 11 Como sabemos, e se reitera como se dun manra se tratase, os trazos ou elementos que definen a nulidade absoluta ou de pleno dereito son que, dada a gravidade do vicio e o carácter estrutural deste, calquera interesado pode invocala ou facer valer ante un tribunal, que é apreciable de oficio polo xuíz, que a acción de nulidade non prescribe, que non é susceptible de validación ou confirmación, que a sentenza que estima a nulidade é meramente declarativa ao operar a nulidade de pleno dereito *ipso iure*, tendo como única finalidade a sentenza facer desaparecer a posible aparencia de regularidade do negocio e, finalmente, a declaración de nulidade produce efectos *ex tunc* ao non poder xerar o negocio nulo de pleno dereito efectos xurídicos. Pola contra, e en contraposición á nulidade de pleno dereito, indícase que a anulabilidade, dado que é unha acción que ten como finalidade protexer unha parte, só pode ser exercitada pola parte designada na norma que establece a nulidade; que ten un prazo para o seu exercicio; que o acto é susceptible de validación por confirmación pola parte que sufriu a causa de nulidade; que ata que se declare a nulidade por sentenza o acto é inicialmente válido e eficaz e que, en consecuencia, a sentenza que declare a dita nulidade ten carácter constitutivo, razón pola cal se indica que a declaración de nulidade ten efectos *ex nunc*, isto é, só a partir da declaración de nulidade. Cfr. MUÑOZ MACHADO, S., *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General*, tomo IV, Lustel, Madrid, 2011, pp. 173-178.
- 12 Considera que a gravidade dos vicios deberan modular a consecuencia xurídica da demolición I. PEMÁN GAVÍN, cando indica que: “cabería limitar o carácter obrigatorio da demolición aos supostos en que existe un sólido fundamento ou ben xurídico protexido. Tivemos a ocasión de comprobar que tales supostos se circunscriben, por razóns históricas, á protección do dominio público, podéndose engadir outros supostos en que a protección non se cingue á legalidade obxectiva, senón que inclúe a protección física das persoas, tales como a construción en zonas de risco” (“La demolición en la disciplina urbanística: una mirada retrospectiva”, *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente*, n.º 187, 2001, p. 45).
- 13 Tal como indica T. CANO CAMPOS, “Outra das diferenzas tradicionais é a eficacia *ex tunc* da declaración de nulidade, fronte aos efectos *ex nunc* da anulabilidade. As consecuencias da nulidade de pleno dereito (a tradicional, pero errónea, eliminación do acto ou a súa ineficacia) produciríanse desde o momento en que este se ditou, mentres que se o acto é só anulable (regra xeral no dereito administrativo) tales consecuencias só se producirían desde o momento en que se aprecia e declara o vicio do acto. Recentemente sostívose, non obstante, que no caso da anulabilidade cómpre distinguir entre actos cuxa eficacia se esgota nunha soa aplicación (pagamento dunha multa), caso en que a eficacia da anulabilidade será *ex tunc* (a contía da multa debe ser devolta), e actos cuxa eficacia se estende no tempo, caso en que a eficacia da anulación tamén será *ex tunc*, salvo que algún principio, como o de protección da confianza, deba ser tido en conta e determine a eficacia *ex nunc* da anulabilidade. Esta diferenza, que moitos autores cualifican con razón de mito, carece de todo fundamento. Débese, novamente, a un entendemento erróneo das consecuencias da invalidez. Carece de fundamento, porque non se entende moi ben por que un acto que é contrario ao ordenamento desde o momento en que se dita é tratado desde ese momento e ata que se declara tal contradiciedade como se se axustase a dereito. O lóxico, e o que o principio de legalidade exige, é que se considere inválido desde o momento en que infrinxe o ordenamento e que desde ese mesmo momento se produzan as consecuencias da súa invalidez” (“La invalidez de los actos administrativos y sus consecuencias”, cit., pp. 48-49).

Regap



ESTUDIOS

Nada máis lonxe da realidade, no noso ordenamento xurídico, se a obra é materialmente contraria ao planeamento urbanístico, e polo tanto a licenza inválida, a consecuencia xurídica desa invalidez é a mesma tanto en supostos de nulidade como de anulabilidade: o restablecemento da legalidade. Polo tanto, as institucións da nulidade e da anulabilidade ningunha incidencia teñen en canto ao posible mantemento das obras materialmente ilegais amparadas nunha licenza declarada inválida por sentenza<sup>14</sup>.

A invalidez (xa sexa por nulidade de pleno dereito ou anulabilidade) representa a declaración institucional de invalidez dun acto administrativo.

Pois ben, a dita declaración de invalidez ten, con carácter xeral, unha serie de consecuencias ou efectos: o efecto destrutivo, que consiste na eliminación dos efectos xurídicos do acto, e o efecto reconstrutivo, que consiste en obrigar a reconstruír a situación xurídica anterior á producida polo acto anulado<sup>15</sup>. O carácter retroactivo ou os efectos *ex tunc* da nulidade e a anulabilidade é unha consecuencia lóxica da invalidez: “*Determinado que un acto xurídico non posúe validez dentro do sistema, resulta natural que non deba recoñecerse naquel acto virtude ningunha durante todo o tempo da súa vixencia para producir efectos recoñecibles*”<sup>16</sup>.

En consecuencia, e en principio, declarada a invalidez de licenza por razóns materiais, xa sexa por nulidade ou anulabilidade, quedan sen soporte xurídico as obras e construcións amparadas e que tiveron causa do acto declarado inválido<sup>17</sup>.

Así as cousas, de acordo coa nosa normativa, declarada institucionalmente a invalidez de licenza, esta debe eliminarse do ordenamento xurídico e, con ela, todos os efectos que aquela presumiblemente tivese xerado, dando lugar ao restablecemento xurídico da situación anterior ao ditado do acto, isto é, débese restaurar a orde vixente anterior ao acto (*in integrum restitutio*), salvo que unha norma expresamente ou un principio xurídico así o indiquen ou exixan<sup>18</sup>.

---

14 A única diferenza entre nulidade e anulabilidade ímola atopar nos prazos para o exercicio da impugnación. Pero, unha vez impugnada, a gravidade dos vicios non vai variar as consecuencias da invalidez.

15 Tal como indica o Código civil no seu artigo 1303 cando regula a anulabilidade: “Declarada a nulidade dunha obriga, os contratantes deben restituirse reciprocamente as cousas que tivesen sido materia do contrato, cos seus froitos, e o prezo cos xuros, salvo o que se dispón nos artigos seguintes”.

16 Cfr. LETELIER WARTENBERG, R., *Nulidade e restablecemento en procesos contra normas*, cit., p. 97.

17 En similares termos aos aquí sinalados expresouse M. BELADIEZ ROJO, cando de forma clara e contundente indicou que: “a retroactividade ou irretroactividade da sentenza ou resolución en que se declare a invalidez dun acto xurídico explícase normalmente como unha consecuencia da nulidade ou da anulabilidade. Segundo a tese convencional, a nulidade absoluta tería efectos *ex tunc*, e a anulabilidade, *ex nunc* (...) Como se acaba de ver, o único que diferencia a nulidade de pleno dereito da anulabilidade é outorgar maiores ou menores facilidades para exercer a acción impugnatoria, pero, unha vez que esta se exerceu, o resultado práctico pretendido é o mesmo nun ou outro caso: declarar formalmente a invalidez do acto para privalo, así, da súa eficacia. O camiño procesual que se perseguira para obter esa declaración é xa indiferente; tivo a súa importancia no momento de exercer a acción impugnatoria, pero xa non a ten unha vez que esa acción prosperou e se conseguiu declarar formalmente a invalidez (...) de aí que en principio, e sen prexuízo das moitas excepcións que na práctica poidan existir, a resolución que declare a invalidez dun acto xurídico (xa se cualifique como nulo ou anulable) debería ter efectos retroactivos. Esta é a consecuencia que con carácter xeral exixiría o principio de legalidade, pois doutro modo estaríanse a conservar os efectos dun acto contrario a dereito, afirmación que non impide recoñecer –tal como se adiantou– que a concorrencia de determinadas circunstancias poida en ocasións exixir a excepción a esta regra. Pero, fóra destes excepcionais supostos en que os principios xurídicos poidan exixir limitar os efectos da declaración de invalidez, a ineficacia do acto débese referir tanto aos efectos pasados como futuros, pois son actos que nunca tiveron valor para o dereito” (*Validez y eficacia de los actos administrativos*, Marcial Pons, Madrid, 1994, p. 62).

18 Son absolutamente acertadas as palabras de T. CANO CAMPOS cando afirma: “Pois ben, como cabe xa imaxinar, o principio (en sentido estrito e de tipo substancial, derivado do de legalidade da actuación administrativa) que prescribe que non se protexa xuridicamente o interese ao mantemento da situación creada por un acto inválido, tutelando, pola contra, quen pretenda a remoción da dita situación, non opera no baleiro, senón que forma parte dun sistema xurídico composto por unha estrutura de principios (substantivos e institucionais) cos cales pode entrar en conflito e ser derrotado. O método para resolver ese conflito é a *ponderación*, e a súa regra constitutiva é a seguinte: “canto maior sexa o grao de satisfacción ou de afectación dun principio, tanto maior ten que ser a importancia da satisfacción doutro”.



## 4 Invalidez material e mantemento da obra declarada ilegal

A presunción de validez das licenzas, que permite a construción das obras mesmo cando estas contraveñan materialmente o ordenamento xurídico<sup>19</sup>, unida ao considerable tempo que transcorre desde que se interpón o primeiro recurso administrativo ata a última sentenza que declara a licenza inválida, dá lugar a que se produza a transformación de realidade mediante a execución da obra ou construción materialmente ilegal<sup>20</sup>.

En principio, con carácter xeral, declarada mediante sentenza a invalidez dunha licenza por motivos substantivos, esta debe eliminarse do ordenamento xurídico e, con ela, todos os efectos que aquela xerara, no noso caso a obra ou a construción, dando lugar ao restablecemento xurídico da situación anterior ao ditado da licenza, isto é, débese restaurar a orde vixente anterior ao acto, o que leva consigo, en principio, a demolición.

En efecto, a demolición do construído é a consecuencia imposta legalmente no caso de anulación dunha licenza concedida con infracción da normativa urbanística.

Tal como indica a xurisprudencia, a resolución da sentenza que declara inválida a licenza implica necesariamente unha inicial actividade xurídica transformadora dos pronunciamentos xurídicos anulados, así como unha conseguinte actividade material transformadora da realidade sobre a que recaeron os pronunciamentos xurídicos de referencia<sup>21</sup>. Unha sentenza deste tipo supón, pois, suprimir do ámbito xurídico o título que a licenza implicaba e, por outra parte, eliminar do ámbito material o indebidamente construído ao abeiro dun título que deveu nulo<sup>22</sup>.

---

Como consecuencia desa ponderación (que consta de tres fases: identificación dos principios que entran en conflito, atribución de peso ou valor a cada un deles e decisión de prevalencia conforme a referida regra), eses outros principios poden ter un maior peso e, por conseguinte, acabar prevalecendo no caso concreto sobre o principio de non tutela da situación creada polo acto inválido. Isto serve para explicar de forma máis convincente, entendo, determinadas institucións (como a validación de determinados actos ou a existencia de prazos para recorrer contra os actos inválidos) e determinados supostos en que os actos inválidos se manteñen e mesmo seguen producindo os seus efectos" ("La invalidez de los actos administrativos y sus consecuencias", cit., pp. 35-37).

- 19 Tal como indica M. REBOLLO PUIG, "A presunción de validez é a calidade dos actos administrativos en virtude dos cales existe deber de actuar e decidir partindo da premisa de que os actos administrativos son válidos mentres non se declare a súa nulidade ou sexan anulados. O deber nace, polo tanto, do ordenamento xurídico (do artigo 57.1 LAP no noso caso), non do acto, non de cada acto: a existencia dun acto administrativo non é máis que o suposto de feito para que opere esa norma imperativa. Se a invalidez consiste na negación da forza xurídica como reacción ante a súa ilegalidade, a presunción que estudamos significa que non cabe negar esa forza xurídica nin prescindir dela mentres o acto non sexa declarado nulo ou non sexa anulado" ou, engadimos nós, non se suspenda como medida cautelar ("La presunción de validez", *Revista Española de Derecho Administrativo*, n.º 128, 2005, p. 5).
- 20 Sen dúbida ningunha, ten razón L. MÍGUEZ MACHO, cando constata que: "O alcance xeral da autotutela administrativa ten profundas consecuencias para a tutela xudicial fronte ás actuacións da Administración suxeitas ao dereito administrativo. Implica que esa tutela chega a posteriori, cando a Administración alterou de xeito unilateral as situacións xurídicas, grazas á presunción de validez de que se benefician os actos administrativos, e cando pode ter modificado tamén a realidade fáctica, posto que aqueles son inmediatamente executivos. En definitiva, non só se produce un desprazamento xeneralizado da carga de accionar o administrado, senón que o proceso se desenvolve mentres a actuación administrativa impugnada está a producir todos os seus efectos e transformando a realidade, mesmo de xeito irreversible". ("Autotutela administrativa y tutela judicial efectiva: nuevas perspectivas para el proceso contencioso-administrativo", *Revista General de Derecho Administrativo*, n.º 38, 2015, p. 9).
- 21 Tal como indica R. FERNÁNDEZ VALVERDE, "A amplitude en que se expresa o texto legal permite deducir, con absoluta claridade, que o contido da execución da sentenza ten unha dobre perspectiva, xa que, dunha parte, o tribunal e a Administración deben levar a cabo unha determinada actividade xurídica, transformadora ou eliminadora dos mandatos xurídicos á anulación da cal se procedeu xurisdiccionalmente; e, doutra parte e como consecuencia de tal actividade, en determinadas ocasións, será –ademais– preciso, con carácter complementario, levar a cabo unha actividade de índole material, e que xorde como consecuencia do anterior pronunciamento de nulidade e da conseguinte actividade xurídica complementaria. No ámbito urbanístico que nos ocupa, o exemplo é ben visible: á declaración xurídica de nulidade dunha licenza séguelle, como complemento material, o derrubamento do indebidamente construído con fundamento na licenza anulada" ("Urbanismo y ejecución de sentencias", Sánchez Lamelas (coord.), *La ejecución de sentencias contencioso-administrativas*, Aranzadi, Cizur Menor, 2006, p. 83).
- 22 Cfr. a Sentenza do 29 de abril de 2009 do Tribunal Supremo (Sala do Contencioso-Administrativo, Sección 5.ª) RX 2009\5143.

Agora ben, tal como analizamos na primeira epígrafe deste artigo, mentres que o xuízo de validez da licenza é un xuízo estático que ten como obxectivo analizar e realizar, moitos anos despois de ditarse a licenza, un simple contraste entre a licenza e o planeamento no momento en que se deu a licenza sen ter en conta as circunstancias acaecidas desde que se dita a licenza ata que, reiteramos, moitos anos despois se dita a sentenza, con todo o xuízo de ineficacia é un xuízo dinámico que ten como obxectivo decidir á vista das circunstancias acaecidas durante a vida do acto e en atención a outros principios xurídicos dignos de protección, se deben perdurar todos ou algúns dos efectos da licenza inválida, isto é, a obra ou substituír a demolición por outro tipo de consecuencia xurídica.

Precisamente, a posibilidade de manter a obra ou a construción materialmente ilegal realizada en virtude dunha licenza inválida pola concorrencia de circunstancias que obriguen ao seu mantemento é unha decisión que compete ben ao lexislador ben aos órganos xurisdiccionais mediante a aplicación de principios xurídicos tales como o principio de boa fe dos adquirentes, o principio de proporcionalidade e o principio de intanxibilidade da obra pública<sup>23</sup>.

En definitiva, aínda que, en principio, a demolición do ilegalmente construído é a consecuencia xurídica natural e primaria dunha sentenza que declara inválida unha licenza de construción, non obstante a existencia de determinadas circunstancias dignas de amparo xurídico poden e deben dar lugar ao mantemento da obra<sup>24</sup>.

#### 4.1 Fase procesual do xuízo de ineficacia

Unha cuestión que cómpre resolver estriba en determinar en que momento procesual se debe levar a cabo o xuízo de ineficacia.

Desde o noso punto de vista, no proceso contencioso urbanístico, aínda que sería posible levar a cabo o xuízo de ineficacia conxuntamente co de validez de forma que sexa na propia sentenza na que se estableza a substitución dos efectos ou a modulación das consecuencias xurídicas da invalidez, o cal redundaría na economía procesual<sup>25</sup>, consideramos que, dado que

23 Facemos nosas as palabras de T. CANO CAMPOS, cando acertadamente indica: “Esquécese moi a miúdo que o ordenamento xurídico se tutela e actúa dos modos máis variados, e que tales modos son precisamente aqueles que se consideran como máis axeitados ás exixencias propias de cada situación concreta, formada por un feixe de principios, bens e intereses que poden entrar en colisión. O propio dereito positivo demostra que ás veces o mellor xeito de tutelar a orde xurídica é precisamente mediante o mantemento da situación creada, aínda que esta derive dun acto ilícito. A iso responden institutos como o da prescrición, a caducidade, os prazos preclusivos no proceso, etc.; e aí reside, como sinalara SAVIGNY, o verdadeiro fundamento da protección posesoria” (“La invalidez de los actos administrativos y sus consecuencias”, cit., p. 20).

24 No mesmo sentido pronúnciase T. R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, cando indica que “A demolición do indebidamente construído, que é o desenlace natural ao que conduce a execución dunha sentenza anulatoria dunha licenza de construción ou dun proxecto de urbanización é algo moi duro, certamente, pero é obvio que se pode facer e que nalgúns casos se fai, como o é tamén que en determinadas circunstancias ese desenlace pode ser lexítimamente eludido” (“Proceso contencioso-administrativo y urbanismo: semejanzas y diferencias de los casos francés y español”, *Revista Aranzadi de Urbanismo y Edificación*, n.º 29, 2013).

25 Este é o parecer de S. DEL SAZ CORDERO, cando considera que “se interpretaron as facultades do xuíz no recurso contencioso-administrativo, cuxa estimación, de acordo co establecido nos artigos 71.1.a) e 31.1 LXCA, debe levar consigo a declaración da súa non conformidade a dereito e, se é o caso, a anulación total ou parcial da disposición ou acto contra o que se recorre. A expresión «se é o caso», que xa figuraba na Lei da xurisdición contencioso-administrativa de 1956, común para actos e disposicións xerais, permite chegar á concepción ata agora exposta: a anulación é a consecuencia necesaria da constatación da ilegalidade invalidante non emendada, ou insusceptible de emenda, en que tería incorrido o acto ou disposición obxecto de recurso. Pero tamén pode ser interpretada noutro sentido: o xuíz pode optar por outras solucións que non pasen necesariamente pola anulación da norma ou do acto impugnado, valorando non a situación da que se partía *ab initio*, senón da que existe no momento de pór a sentenza. Mesmo no caso de que se tivese solicitado o restablecemento do dereito ou interese, valorando en fase de sentenza, e non posteriormente en execución, a necesidade de substituír a anulación pola compensación económica do dereito vulnerado. Isto é o que convén repensar” [“¿Debemos repensar los poderes del juez ante la constatación de la ilegalidad de una disposición general o un acto administrativo?: la

o xuízo de eficacia necesariamente debe preceder ao de validez, pois a invalidez é condición necesaria previa da ineficacia, o momento procesual oportuno é na execución da sentenza mediante un incidente de execución no que se ventilen de forma plena e contraditoria as cuestións relativas aos efectos da declaración de invalidez da sentenza.

O noso lexislador decidiu que o momento adecuado para levar a cabo o xuízo de ineficacia é na fase de execución da sentenza, pois durante o plenario débese levar a cabo o xuízo de validez, co fin de constatar que, no momento en que outorgou a licenza á obra permitida, esta era contraria á lei ou ao planeamento urbanístico; unha vez que se declara que a licenza é contraria materialmente ao ordenamento xurídico, o seguinte paso é determinar se se eliminan os efectos da licenza, é dicir, se se procede á demolición ou se pola contra se modulan ou substitúen por outras consecuencias xurídicas.

Entendemos que a razón pola cal a posibilidade de manter a obra ou a construción materialmente ilegal se incardina na fase de execución da sentenza se debe a que a consecuencia xurídica mandatada polo ordenamento xurídico en virtude de invalidez é, precisamente, a demolición. Polo tanto, unha vez realizado o xuízo de invalidez e a súa consecuencia natural, que é a demolición, deberase proceder á súa execución; non obstante, xa en execución de sentenza, poderase analizar e ponderar se, en virtude da concorrencia doutros intereses e principios, se pode modular ou substituír a execución.

Agora ben, se pola contra o ordenamento xurídico, isto é, o lexislador, decidise, polos motivos que considerase, que a consecuencia xurídica dunha licenza materialmente contraria ao planeamento non é a demolición senón outra, como por exemplo o mantemento da obra pero coa obriga de indemnización, neste caso na sentenza deberíase declarar a invalidez da licenza e a súa consecuencia xurídica, que sería o mantemento da obra pero coa obriga de indemnización.

Por este motivo, indicamos que a decisión de en que momento procesual e en atención a que circunstancias concretas se pode manter a obra materialmente ilegal é unha decisión que lle compete, en principio, ao lexislador.

## 5 Apotestade de modular a execución dunha sentenza

### 5.1 A inexecución de sentenzas desde 1888 ata 1998

A posibilidade de manter a obra ou a construción materialmente ilegal realizada ao abeiro dunha licenza inválida en virtude da concorrencia de circunstancias que obriguen ao seu mantemento ou, o que é o mesmo, a posibilidade de non executar ou modular a execución da consecuencia imposta legalmente no caso de anulación dunha licenza, é dicir, a demolición, é unha posibilidade que, lonxe de ser excepcional, se recoñece e se recoñeceu desde os inicios da xurisdición contencioso-administrativa<sup>26</sup>. O dito recoñecemento normativo ao

anulación parcial del Plan General de Madrid de 1997: un inmejorable ejemplo”, *Revista Vasca de Administración Pública*, n.º 99-100, 2014 (Exemplar dedicado a: Homenaxe a Demetrio Loperena e Ramón Martín Mateo, pp. 1142-1143)].

26 Unha análise exhaustiva da evolución da execución das sentenzas no contencioso-administrativo realízaa BETANCOR RODRÍGUEZ, A., “A evolución histórico-normativa da execución de sentenzas contencioso-administrativas (1845-1956)”, *Documentación Administrativa*, n.º 209, 1987, pp. 199-220. Sen dúbida ningunha, coincidimos co autor cando indica a necesidade de realizar unha análise histórica dunha institución para poder comprender e emprender un exame crítico do estado actual desta.

longo da historia non é senón a constatación de que o mantemento da obra ilegal é en numerosas ocasións a mellor forma de tutelar o ordenamento xurídico e de ponderar os intereses en conflito.

En efecto, a Lei do 13 de setembro de 1888 de Santamaría de Paredes, a cal creou por primeira vez en España unha verdadeira xurisdición contencioso-administrativa, estableceu a posibilidade de que a Administración acordase a suspensión ou o aprazamento do cumprimento dunha sentenza, fundándose en motivos de interese público. En concreto, o artigo 84 da lei indicaba que, cando por razóns de interese público, a Administración estimase necesaria e acordase a suspensión do cumprimento da sentenza, llo faría saber ao tribunal, comunicándolle a resolución e os seus motivos, e o tribunal, nese caso, declararíaa a indemnización que correspondese ao particular polo aprazamento<sup>27</sup>.

Posteriormente, polo Real decreto do 22 de xuño de 1894 (ditado por virtude da habilitación contida no artigo 30 da Lei de orzamentos do 30 de xuño de 1892), refórmase o artigo 84 da Lei Santamaría Paredes<sup>28</sup> e introdúcese a posibilidade non só de suspender a execución da resolución da sentenza, senón de declarar a inexecución desta ben por razóns de interese público ou ben por se ter feito imposible material ou legalmente o cumprimento do mandado<sup>29</sup>.

En concreto, a nova redacción do artigo 84, no seu parágrafo 4, dispuña que:

*“Comunicadas as sentenzas do Tribunal do Contencioso ao ministerio que corresponda, este examinará, nos casos dubidosos, se por razóns de interese público debe suspenderse temporalmente a execución daquelas, ou se polas propias razóns de interese público ou por se ter feito imposible material ou legalmente o cumprimento do mandado fose necesario acordar a non execución das sentenzas”*.

Como se pode comprobar, o precepto realizaba xa daquela unha diferenza entre, dun lado, inexecución de sentenzas por razóns de interese público e, doutro, inexecución de sentenzas por imposibilidade material ou legal<sup>30</sup>.

---

27 O artigo 84 da Lei do 13 de setembro de 1888 de Santamaría de Paredes establecía que: “O ministro ou a autoridade administrativa a quen lle corresponda deberá xustificar o recibo da sentenza no termo de tres días, e dar no dun mes conta do seu cumprimento. Cando por razóns de interese público a Administración estimase necesaria e acordase a suspensión do cumprimento da sentenza, farallo saber ao tribunal, comunicándolle a resolución e os seus motivos, e o tribunal declarará a indemnización que lle corresponda ao particular polo aprazamento. En todo caso de suspensión, o Goberno dará conta ás Cortes, dentro do primeiro mes de estar abertas ou constituídas, da suspensión e dos seus fundamentos”.

28 Unha análise das razóns do cambio normativo pode verse en GÓMEZ-FERRER RINCÓN, R., *La imposibilidad de ejecución de sentencias en el proceso contencioso-administrativo*, Civitas, Madrid, 2008, pp. 209-215.

29 En concreto, seguindo a R. GÓMEZ-FERRER RINCÓN, e tal como se desprende da exposición do proxecto elaborado pola Comisión encargada da reforma da Lei 1988, a Comisión definiu o que debía entenderse por imposibilidade material e legal. Así, existía imposibilidade material cando a cousa ou dereito a que se refería a sentenza deixase de existir; do mesmo xeito, existía imposibilidade legal cando se promulgaba unha lei que prohibía ou impedía a execución do mandado (*La imposibilidad de ejecución de sentencias en el proceso contencioso-administrativo*, cit., p. 213).

30 A diferenza entre inexecución de sentenzas por razóns de interese público e, doutro, inexecución de sentenzas por imposibilidade material ou legal era substantiva, e iso porque mentres que na primeira a sentenza se podía executar pero, se por motivos de interese xeral non se cumpría o mandatado nela, levaba consigo indemnización, pola contra, a inexecución por imposibilidade material ou legal supuña a imposibilidade de cumprimento por causas alleas a unha vontade política discrecional e por iso non levaba consigo indemnización. Así, de conformidade cos parágrafos 7 e 8 do artigo 84: “Cando non haxa posibilidade de cumprir a sentenza, o goberno declararao así, en resolución motivada de que dará conta ás Cortes no primeiro mes de estaren estas abertas ou constituídas. O mesmo se fará cando, podendo cumprirse a sentenza, estime o goberno, por razóns de interese público, que non debe levar a efecto a súa execución. Neste caso, o ministro a quen lle correspondea deberá someter ás Cortes, dentro dos dous meses seguintes ao día en que lles dea conta do seu acordo, e logo de audiencia do Consello de Estado en pleno, un proxecto de lei que determine a indemnización que deba concederse en equivalencia do dereito declarado pola sentenza ou o xeito de atender noutra forma á eficacia do resolto por esta”.

Posteriormente, mediante a Lei Maura do 5 de abril de 1904, prodúcese unha nova modificación da Lei 1988 que introduce cambios importantes na inexecución das sentenzas. Así, no novo artigo 84 redúcense os motivos de interese xeral en virtude dos cales a Administración podía acordar a suspensión ou non execución dunha sentenza establecendo unha lista de motivos taxados. En concreto, o Consello de Ministros só podía acordar, «con carácter extraordinario», a suspensión total ou parcial ou inexecución, igualmente total ou parcial, da sentenza, fundándose nunha das catro causas enunciadas na lei: 1) Perigo de trastorno grave de orde pública. 2) Temor fundado de guerra con outras potencias, se tivese que cumprirse a sentenza. 3) Quebranto da integridade do territorio nacional. 4) Detrimento grave da facenda pública, en ambos os dous casos con indemnización. Do mesmo xeito e polo que respecta á imposibilidade legal e material, indicábase que non se podía declarar inexecutable unha sentenza por causas de imposibilidade material ou legal de executala pero que se o caso se presentaba, na execución da sentenza se determinaría a forma de remover as dificultades que se presentasen e, en caso de que fosen irreductibles, se fixaría a indemnización correspondente.

Pois ben, en liñas xerais o contido regulatorio da execución de sentenzas da Lei Maura trasládase á Lei do 27 de decembro de 1956, reguladora da xurisdición contencioso-administrativa, establecéndose a posibilidade de inexecución por motivos taxados e fixándose unha regulación parca da inexecución por imposibilidade material e legal<sup>31</sup>.

Agora ben, en materia urbanística, foi a Lei do 12 de maio de 1956 sobre réxime do solo e ordenación urbana a que estableceu un suposto xenérico de inexecución de sentenza cando razóns de interese xeral avogasen polo mantemento da obra ou construción.

31 En concreto, a regulación da suspensión de inexecución por interese público e inexecución por imposibilidade legal realizábase nos artigos 105 a 107 da lei. En concreto e conforme estes:

*“Artigo 105.*

*1. O órgano ao cal lle corresponda xustificará a recepción da sentenza no prazo de dez días, e no de dous meses contados desde que reciba aquela adoptará necesariamente unha destas tres resolucións:*

- a. Execución da resolución, tomando á vez as medidas necesarias ao efecto.*
- b. Suspensión do cumprimento total ou parcial da resolución polo prazo que se marque.*
- c. Inexecución en absoluto, total ou parcial, da mesma resolución.*

*2. A suspensión ou inexecución a que se refiren os dous últimos casos do parágrafo anterior só poderá ser decretada polo Consello de Ministros, con carácter extraordinario, fundándose nalgunha das causas seguintes:*

- 1. Perigo de trastorno grave da orde pública.*
- 2. Temor fundado de guerra con outra potencia, se tivese que cumprirse a sentenza.*
- 3. Quebranto na integridade do territorio nacional.*
- 4. Detrimento grave da facenda pública.*

*3. Non poderá acordarse a inexecución ou suspensión fundándose na causa 4) cando a resolución condenase a Administración ao pagamento de cantidade, pero en tal suposto, se estimase que o cumprimento da sentenza, nos seus propios termos, lle produciría trastorno grave á facenda pública, poderá o Consello de Ministros, logo de ditame do Consello de Estado, fixar a modalidade de pagamento que dea cumprimento á resolución na forma que sexa menos gravosa para o tesouro público, o que porá en coñecemento do tribunal por medio da Avogacía do Estado para que, oídas as partes, resolva en definitiva sobre o xeito de executar a sentenza.*

*4. Se o cumprimento da resolución implicase fraccionamento ou aprazamento, levará consigo a obriga de aboar o xuro de mora ao tipo legal.*

*5. Non poderán suspenderse nin deixarse de executarse as sentenzas confirmatorias de actos ou disposicións da Administración, salvo as dítadas sobre recursos interpostos por esta contra os seus actos declarados lesivos.*

*6. Se dentro do prazo de dous meses a que se refire o parágrafo 2 non se adoptase ningunha das medidas nel consignadas, sen prexuízo da responsabilidade a que isto dea lugar, executarase a sentenza na forma e termo que na resolución se consignen, baixo a persoal e directa responsabilidade dos axentes da Administración.*

*Artigo 107.*

*Non poderá suspenderse nin declararse inexecutable unha sentenza por causas de imposibilidade material ou legal de executala, e se este caso se presentase, será sometido pola Administración, por medio do Avogado do Estado, ao tribunal respectivo, dentro do referido prazo de dous meses, co fin de que, con audiencia das partes, se acorde a forma de levar a efecto a resolución”.*

En concreto, o artigo 228 da lei establecía que:

*“ 1. Se en virtude de sentenza se tivese que desistir da construción ou destruír algunha obra de urbanización, o xulgado ou tribunal ao que lle competa executar a resolución comunicarllo á Comisión Provincial de Urbanismo para que no prazo de dous meses lle notifique ao órgano xurisdiccional se, por motivos de interese público, se impón seguir ou conservar a obra, e se non o fixese, entenderase que nada obsta á execución.*

*2. Se dispuxese a prosecución ou conservación da obra, o xulgado ou tribunal fixará a indemnización que o condenado deba aboarlle ao prexudicado, na forma disposta polos artigos novecentos vinte e catro e seguintes da Lei de axuízamento civil ou noventa e dous da Lei do contencioso-administrativo, segundo a resolución tivese sido ditada pola xurisdición ordinaria ou a contencioso-administrativa”.*

Pois ben, un estudo xurisprudencial dos supostos en que, unha vez declarada a invalidez dunha licenza urbanística, da que, consecuentemente derivaba a demolición dunha determinada obra, e nos cales, acto seguido, se invoca e aplica o artigo 228 para xustificar a necesidade de conservar esta en contra do decidido inicialmente polo tribunal revela que a toma desta decisión se baseou nas seguintes circunstancias: a adquisición por terceiros de boa fe; a necesidade de garantir a vivenda; a necesidade de garantir un servizo público; a necesidade de evitar destrución de riqueza; e o principio de proporcionalidade<sup>32</sup>.

Da normativa exposta evidénciase que a posibilidade de manter a obra ou a construción materialmente ilegal realizada ao abeiro dunha licenza inválida en virtude da concorrencia de circunstancias que obriguen ao seu mantemento foi algo absolutamente natural no noso ordenamento xurídico.

Do mesmo xeito, é fundamental manifestar que o feito de que o lexislador estableza a posibilidade de modular ou non executar unha sentenza por razóns de interese público foi validado polo Tribunal Constitucional precisamente mediante a análise do artigo 228 da Lei do 12 de maio de 1956 sobre réxime do solo e ordenación urbana.

Así, tal como declara a Sentenza do TC núm. 67/1984, do 7 de xuño (RTC 1984\67)<sup>33</sup>:

*“A partir destes momentos de xuízo, a determinación de se as resolucións impugnadas vulneran o artigo 24.1 da Constitución exige efectuar as seguintes consideracións:*

*A) O dereito á tutela xudicial efectiva non alcanza a cubrir as diferentes modalidades que pode revestir a execución da sentenza, pois –como dixo xa a sentenza do Tribunal 58/1983, de xuño, fundamento xurídico 2, Boletín oficial del Estado do 15 de xullo (RTC 1983\58)– tan*

32 Cfr. GÓMEZ-FERRER RINCÓN, R., *La imposibilidad de ejecución de sentencias en el proceso contencioso-administrativo*, cit., pp. 233 e ss.

33 No mesmo sentido pronúnciase a Sentenza do TC 109/1984, do 26 de novembro de 1984, cando indica: “C) O dereito á tutela xudicial non alcanza a cubrir as diferentes modalidades que pode revestir a execución da sentenza, pois –como xa dixo a Sentenza do Tribunal 58/1983, do 29 de xuño, *Boletín Oficial del Estado* do 15 de xullo, fundamento xurídico 2– tan constitucional é unha execución en que se cumpre o principio de identidade total entre o executado e o estatuído na resolución como unha execución en que, por razóns atendibles, a condena é substituída polo seu equivalente pecuniario ou por outro tipo de prestación. D) De acordo co anterior, o lexislador pode establecer, sen afectar ao contido esencial do dereito, os supostos en que pode non aplicarse o principio de identidade e substituírse por unha indemnización. E, nesta liña de razoamento, pode afirmarse, con carácter xeral, que a aplicación do artigo 228 da Lei do solo, como medida procedente para a execución da sentenza, non é oposta ao dereito fundamental do artigo 24.1 da Constitución, máxime tendo en conta que o dereito á execución da sentenza na forma establecida nas leis é un dereito que afecta a cantos foron parte no preito (Sentenza 67/1984, do 7 de xuño, *Boletín Oficial del Estado* do 11 de xullo, fundamento xurídico 4)”.

*constitucional é unha execución en que se cumpre o principio da identidade total entre o executado e o estatuído na resolución como unha execución en que, por razóns atendibles, a condena é substituída polo seu equivalente pecuniario ou por outro tipo de prestación.*

*B) De acordo co anterior, o lexislador pode establecer, sen afectar ao contido esencial do dereito, os supostos en que pode non aplicarse o principio de identidade e substituírse por unha indemnización.*

*C) Nesta liña de razoamento, pode afirmarse, con carácter xeral, que a aplicación do artigo 228 da Lei do solo como medida procedente para a execución da sentenza non é oposta ao dereito fundamental do artigo 24.1 da Constitución, máxime tendo en conta que o dereito á execución da sentenza na forma establecida pola lei é un dereito que afecta a cantos foron parte no preito”.*

## 5.2 A inexecución de sentenzas a partir da Lei do solo de 1975 e da Lei da xurisdición contencioso-administrativa de 1998

Tras a derogación da Lei do 12 de maio de 1956 sobre réxime do solo e, polo tanto, a supresión do artigo 228 por parte da Lei 19/1975, do 2 de maio, de reforma da Lei sobre réxime do solo, e coa aprobación da Lei 29/1998, do 13 de xullo, reguladora da xurisdición contencioso-administrativa –que, como a súa predecesora, non recolle ningunha norma que permita levar a cabo un xuízo de ineficacia, en execución de sentenza, por motivos de interese público<sup>34</sup>–, suprímese a existencia dunha norma que habilite a valorar e ponderar manter a obra ou a construción materialmente ilegal realizada ao abeiro dunha licenza inválida en virtude da concorrencia de circunstancias e principios que obriguen ao seu mantemento.

Non obstante, malia a ausencia dunha norma que habilítase, por razóns de interese público, os órganos xurisdicionais a modular ou ponderar executar e levar a efecto a consecuencia xurídica implícita na declaración de invalidez dunha licenza por motivos substantivos, isto é, a demolición, a xurisprudencia levada pola inercia da normativa e a xurisprudencia anterior ao cambio legal e conscientes da necesidade de aplicar e modular os efectos da invalidez das licenzas e, en consecuencia, manter as obras cando as circunstancias e principios xurídicos concretos o exixisen comezaron a protexer os intereses públicos que deran lugar á aplicación do artigo 228 da Lei do solo de 1956 a través da imposibilidade de execución<sup>35</sup>.

Así, por exemplo, a pesar da dificultade de incardinar en supostos de imposibilidade material a presenza de terceiros adquirentes de boa fe<sup>36</sup>, do principio de proporcionalidade<sup>37</sup> e de

34 En concreto, a LXCA suprime a posibilidade de inexecutar as sentenzas por razóns taxadas de interese público, pero establece, polas mesmas causas, no artigo 105 a posibilidade de expropiar os dereitos recoñecidos na sentenza. Agora ben, as causas de expropiación son tan extravagantes que na práctica esa posibilidade é inexistente.

35 Tal como expresa R. GÓMEZ-FERRER RINCÓN, “A protección que se viña realizando de determinados intereses públicos a través do artigo 228 da Lei do solo de 1956 mantívose, non xa en aplicación do dito precepto, que non era posible, senón reconducíndoa á imposibilidade de execución” (*La imposibilidad de ejecución de sentencias en el proceso contencioso-administrativo*, cit., p. 247).

36 Cfr. o Auto do 30 de xaneiro de 1996 do Tribunal Supremo (Sala do Contencioso-Administrativo, Sección 5.ª), RX 1996\690; Sentenza do 24 maio de 2007 do Tribunal Supremo (Sala do Contencioso-Administrativo, Sección 5.ª), RX 2007\8358.

37 Cfr. a Sentenza do Tribunal Supremo do 27 de xullo de 2001.

intanxibilidade da obra pública<sup>38</sup>, a xurisprudencia acudiu a eles co fin de evitar a demolición en supostos que circunstancias e principios xurídicos aconsellaban que non se producise.

Non obstante, nos últimos anos, o Tribunal Supremo, debido ao urbanismo salvaxe e á inexecución xeneralizada das sentenzas urbanísticas e ao mantemento da gran maioría de construcións ilegais, xa fose pola inactividade da propia Administración á hora de executar ou pola súa legalización posterior mediante cambios no planeamento urbanístico, reaccionou de forma contundente adoptando unha interpretación moi restritiva das excepcións de imposibilidade material e legal de execución destas sentenzas<sup>39</sup>.

Polo tanto, no momento actual, a posición xurisprudencial maioritaria é que, declarada a invalidez da licenza por razóns substantivas, procede a demolición, non sendo posible a declaración de imposibilidade legal ou material de execución, mesmo afectando a demolición a partes da edificación que si son legais<sup>40</sup> e, en consecuencia, sendo desproporcional a demolición, incluso tratándose de obras públicas<sup>41</sup> e mesmo existindo de terceiros boa fe<sup>42</sup>.

Fronte á dita xurisprudencia, absolutamente restritiva na interpretación dos artigos que regulan a imposibilidade de execución legal e material e que ten como consecuencia o feito de que determinadas obras e construcións se teñan que demoler incluso existindo circunstancias e principios que puidesen avalar, mediante a súa ponderación, o mantemento da obra, alzouse parte da doutrina reclamando ben unha interpretación máis flexible da normativa

---

38 Cfr. as sentenzas do Tribunal Supremo do 4 de marzo de 2000 e 27 de xaneiro de 2001.

39 Cfr. REVUELTA PÉREZ, I., e NARBÓN LAÍNEZ, E. J., "Ejecución de sentencias en materia urbanística, demolición y terceros adquirentes de buena fe. El caso de la anulación de licencias", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, n.º 720, 2010, p. 1597. Igualmente, ALONSO IBÁÑEZ, M. R., "La imposibilidad de ejecución de sentencias de demolición de edificaciones: medidas legales", Estepa Montero, M. (coord.), Soriano García, J. E. (dir.), *Por el derecho y la libertad, libro homenaje al profesor Juan Alfonso Santamaría Pastor*, Iustel, Madrid, vol. 1, 2014 (Garantías constitucionais e xudiciais do cidadán), p. 988. Do mesmo xeito, GEIS CARRERAS, G., "Problemas específicos y últimos avances jurisprudenciales en materia de ejecución de sentencias urbanísticas", *Revista de Urbanismo y Edificación*, n.º 21, 2010, pp. 129-153.

40 Expoñente da restrición é a STS do 12 de maio de 2006 na que se indica: "aínda que a sentenza de cuxa execución se trate ordenase tan só o derrubamento dunha parte da edificación –por ser esa parte e non o todo a que contravén as normas xurídicas infrinxidas pola licenza ao abeiro da cal se levantou–, iso non impide que en execución de sentenza poida optarse por unha solución que impoña o derrubamento total e permita, tras el, levantar a nova construción xa acomodada na súa totalidade a esas normas. Ao contrario, (1) se o derrubamento total é a solución tecnicamente necesaria ou tecnicamente máis conveniente para restablecer a legalidade urbanística que a sentenza ordena, por non ser posible ou non ser aconsellable o mero derrubamento parcial, e (2) se o derrubamento total non leva consigo unha carga de todo punto desproporcionada, ben en comparación co beneficio inherente ao dereito que a sentenza tutela, ben por comparación entre o ilegalmente construído e o que se acomoda á legalidade, esa solución –a do derrubamento total– non supón contradicir os termos da resolución que se executa, nin a necesidade ou conveniencia técnica dela obriga a apreciar a concorrencia dunha causa de imposibilidade material de executar a dita resolución. É así porque o derrubamento total non é entón máis que a canle técnica necesaria ou conveniente para dar estrito e cabal cumprimento ao que a sentenza ordena; como tal canle técnica, que ademais non comporte unha carga desproporcionada, a imposición do derrubamento total nin altera a *ratio decidendi* da sentenza, nin a resolución desta, nin incorpora unha solución que poida entenderse non querida polo ordenamento xurídico. É así tamén porque unha conclusión distinta á que afirmamos alentaría as condutas fraudulentas e entorpecería a finalidade última de que os actos de edificación e uso do solo se acomoden á legalidade urbanística. E é así, en fin, porque a conclusión distinta favorecería sen razón bastante a posición do infractor e menoscabaría sen xustificación o dereito á tutela xudicial efectiva, que demanda como regra xeral unha execución *in natura* e que non tolera –ou non debe tolerar por non existir unha razón atendible– que nunha situación caracterizada polas circunstancias indicadas en (1) e (2) poida optarse por unha execución por equivalencia.

41 Cfr. a Sentenza do Tribunal Supremo do 16 de maio de 2014, en que se indica que: "ningunha razón existe para excluír da demolición unha obra cuxa licenza foi xurisdicionalmente declarada ilegal polo feito de que o uso asignado á dita edificación ilegal sexa albergar un arquivo, museo ou biblioteca de titularidade estatal, xa que a protección conferida a estes pola citada Lei de Patrimonio Histórico Español presupón que a construción ou edificación, que loxicamente é previa ou anterior ao seu uso, sexa conforme ao ordenamento xurídico, de maneira que non é sustentable, como opinan os recorrentes, que, unha vez que se instase o uso protexido (arquivo, museo ou biblioteca), o edificio resulta legalizado e, por iso, a demolición consecuentemente á execución da sentenza que declarou ilegal a licenza de obra se teña que substituír por unha indemnización en favor de quen exerceu a acción tendente á protección da legalidade urbanística".

42 Cfr. entre moitas outras a Sentenza do 6 de febreiro de 2007 do Tribunal Supremo (Sala do Contencioso-Administrativo, Sección 5.ª) e, igualmente, a Sentenza do 26 de setembro de 2006 do Tribunal Supremo (Sala do Contencioso-Administrativo, Sección 5.ª). RX 2006\6665.



de execución contencioso-administrativa en virtude da existencia de valores constitucionais que permiten a súa modulación<sup>43</sup>, ben a introdución de preceptos que introduzan, igual que o antigo artigo 228 da Lei do solo de 1956, unha cláusula xeral que lle permita ao órgano xurisdiccional a valoración e aplicación das circunstancias concorrentes<sup>44</sup>.

Así, para GONZÁLEZ PÉREZ, dado que existen circunstancias que poden dar lugar a que se cuestione a vixencia da eficacia executiva da sentenza, isto é, circunstancias acaecidas con posterioridade ao momento temporal en que se dita o acto e que poden avogar e xustificar o mantemento da situación de feito creada polo acto inválido, non estaría de máis que, á parte de establecer normas específicas en canto sexa posible, se inclúa no capítulo dedicado á regulación da execución das sentenzas unha fórmula xeral análoga á que a LRPC contén sobre os límites da revisión no seu artigo 106, referida aos límites da execución e previndo a indemnización en forma análoga a como se regula nos supostos de imposibilidade material ou legal de execución<sup>45</sup>.

O feito de que na actualidade non exista unha norma que de forma xeral permita, á hora de decidir se se debe demoler unha obra por ser ilegal a licenza que a amparou, atender ás circunstancias acaecidas desde que se dita o acto ata que este é declarado inválido e ponderar a posible existencia de principios, moitos deles constitucionalizados, como o dereito a gozar dunha vivenda digna, evitar a destrución de riqueza ou a protección do dominio público, está a xerar situacións claramente inxustas como a demolición de obras públicas, a demolición de vivendas adquiridas por terceiros de boa fe, ou a demolición de obras que xeran emprego e riqueza.

Sen dúbida ningunha, a aplicación ríxida e automática dun esquema tópico de consecuencias e efectos, isto é, invalidez e demolición que non admita matizacións ou derogacións parciais pola entrada en xogo doutros principios xurídicos dá lugar a un sistema que non permite a busca da solución xusta, na tarefa de administrar a xustiza.

Desde o noso punto de vista, polo tanto, é absolutamente necesario que se aprobe unha norma que, con carácter xeral e por razóns de interese público, lles permita aos órganos xurisdiccionais, por petición das partes, realizar, unha vez que o acto foi declarado inválido, no noso caso, unha

43 Esta é a proposta de R. GÓMEZ-FERRER RINCÓN, para quen ata que se aprobe unha norma que permita protexer os bens e valores constitucionais fronte á incidencia que sobre eles puidese derivar da execución dunha sentenza, *a imposibilidade legal de execución debe ser interpretada de conformidade coa Constitución, de tal modo que se poderá entender que estamos en presenza dunha imposibilidade legal de executar unha sentenza non só cando a actuación que deba realizar a Administración en cumprimento da sentenza sexa contraria a unha lei ou a un regulamento ou, eventualmente, a un costume ou a un principio xeral do dereito, senón tamén cando vulnere un determinado ben ou valor constitucional cuxa protección, no dito caso concreto, e de acordo co correspondente xuízo de proporcionalidade, deba primar fronte ao dereito á execución de sentenza*. Para o autor, a imposibilidade legal de execución adquire así unha nova dimensión porque xa non é unha técnica destinada a protexer só o principio de legalidade, senón tamén calquera outro ben ou valor constitucionalmente protexido fronte á execución dunha sentenza firme que incida sobre eles (*La imposibilidad de ejecución de sentencias en el proceso contencioso-administrativo*, cit., p. 295).

44 Sempre claro e contundente exprésase T. R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, cando avoga por recuperar, corrixíndoo, o vello artigo 228 da Lei do solo de 1956 de forma que o xuízo ou o tribunal da execución puidese dirixirse á Administración para que manifestase se, por razóns de interese público debidamente xustificadas, considera procedente seguir ou conservar as obras, dando traslado ás partes para a manifestación correspondente e, á vista de todo iso, o xuízo ou o tribunal resolvería finalmente o que considerase oportuno. Con iso, prosegue o autor, aforrariamos o espectáculo vergonzoso dunhas sentenzas moi rigorosas que, non obstante, quedan nunha sorte de limbo, pois nin se executan, nin se pode declarar formalmente que a súa execución é legalmente imposible porque non se dan os requisitos que a xurisprudencia dominante considera imprescindibles para formular a dita declaración ("Proceso contencioso-administrativo y urbanismo: semejanzas y diferencias de los casos francés y español", cit.).

45 Cfr. GONZÁLEZ PÉREZ, J., "La eficacia de la sentencia", García Pérez, M. (coord.), *Jornadas de Estudio sobre la Jurisdicción Contencioso-administrativa*, Servizo de Publicacións da Universidade da Coruña, A Coruña, 1998, p. 133.

vez que a licenza foi inválida por ser materialmente ilegal a obra, un xuízo de ineficacia que teña como obxectivo decidir á vista das circunstancias acaecidas durante a vida do acto e en atención a outros principios xurídicos dignos de protección, se deben permanecer todos ou algúns dos efectos da licenza inválida, isto é, se debe substituír a demolición por outro tipo de consecuencia xurídica<sup>46</sup>.

Pois ben, é precisamente neste contexto de ausencia normativa dunha cláusula xeral que permita ponderar o interese público na execución de sentenzas evitando situacións socialmente inxustas, de interpretación restritiva por parte da xurisprudencia do Tribunal Supremo dos supostos de imposibilidade legal ou material e de necesidade de establecer normas que lle permitan ao órgano xurisdiccional realizar un xuízo de ineficacia tendo en conta as circunstancias acaecidas desde que nace o acto ata que este é declarado nulo, ponderando os efectos da nulidade con outros principios xurídicos dignos de protección, nos que se inscrición a reforma do artigo 108 da LXCA e a suspensión ou condicionamento da execución de sentenza que declara a invalidez dunha licenza e a conseguinte demolición en supostos adquirentes terceiros de boa fe.

## 6 Licenzas inválidas, terceiros adquirentes de boa fe e demolición. A propósito da reforma do artigo 108 da LXCA

### 6.1 A orixe do problema e a xurisprudencia do Tribunal Supremo en relación cos terceiros adquirentes de boa fe

Naqueles supostos en que unha sentenza declarou a invalidez dunha licenza por ter amparado unha obra materialmente ilegal coa consecuencia da súa demolición, os adquirentes das ditas construcións aduciron, co fin de evitar a demolición, que a adquisición desa construción se realizou logo de consulta co rexistro da propiedade, rexistro en que non constaba anotación preventiva de demanda acerca da ilegalidade da licenza e da obra, razón pola cal consideran que se atopan amparados pola fe pública rexistral dos artigos 34 e 32 da LH<sup>47</sup> e razón pola cal instan un incidente de execución de sentenza por imposibilidade de execución.

Sen dúbida ningunha, a incidencia que o dereito ten sobre o dereito de propiedade e as transformacións materiais e xurídicas que a execución urbanística xera na propiedade obrigan, por razóns de seguridade xurídica e do tráfico inmobiliario, a coordinar os actos administrativos urbanísticos co Rexistro da Propiedade e a garantir a constancia das actuacións urbanísticas que teñen ou poden ter eficacia real no Rexistro da Propiedade.

---

46 Neste sentido, cómpre indicar, co fin de evitar suspicacias, que o control do xuízo de ineficacia vai recaer non na Administración, como sucedía en relación co artigo 228, en que era a Administración a que con discrecionalidade decidía os supostos en que existía un interese público na inexecución, senón, por petición das partes, no órgano xurisdiccional, o cal posúe o monopolio da potestade de executar as sentenzas.

47 Neste sentido, tal como manifesta V. GUILARTE GUTIÉRREZ, “O principio de fe pública, na súa formulación máis sinxela, supón a seguridade da propiedade inscrita que deste xeito, á marxe doutras vantaxes, non vai poder ser reivindicada con éxito por un terceiro que a teña adquirido conforme as regras de dereito común –en España o título e o modo– nin pode ser gravada con cargas de orixe negocial que non puidese coñecer o adquirente. Na súa formulación extrema, cara á que creo que debe tenderse, supón que mesmo as cargas legais deben ter acceso ao rexistro para poder ser opoñibles: a complexidade dos nosos sistemas xurídicos fai que, en definitiva, principios clásicos co constituído polo aforismo *neminem licet ignorare ius* deban reconducirse para evitar o que SAVATIER cualificou como angustia do dereito, pois, sen dúbida, o coñecemento de cales sexan as crípticas limitacións legais que afectan á propiedade inscrita, especialmente no ámbito urbanístico, resulta enormemente complexo, o que, a prol da seguridade xurídica, propicia que deba tenderse ao seu reflexo rexistral” (*La legalidad urbanística, demolición y terceros de buena fe*, Lex Nova, Valladolid, 2011, p. 33).

Neste sentido, o Real decreto 1.093/1997, do 4 de xullo, polo que se aproban as normas complementarias ao Regulamento para a execución da Lei hipotecaria sobre inscrición no Rexistro da Propiedade de actos de natureza urbanística, regula a inscrición da obra nova, para o cal é necesaria a achega da licenza<sup>48</sup>, así como a anotación preventiva de demanda contra as licenzas urbanísticas<sup>49</sup>.

Entenden os propietarios, apoiados por un importante sector da doutrina, que nos casos en que non conste inscrita a interposición de recurso contencioso-administrativo, debería, en principio, poder oporse a tutela rexistral e iso na medida en que un acto administrativo como é a licenza, inscrito no Rexistro da Propiedade, acreditou a adecuación da edificación ao ordenamento urbanístico e o cumprimento dos deberes e cargas urbanísticas sen que, por outro lado, se lle advertise o adquirente, podendo telo feito, que a dita licenza foi impugnada<sup>50</sup>.

Pois ben, para o Tribunal Supremo, non obstante, o artigo 34 da LH e a ausencia de inscrición da anotación preventiva non evita a demolición e non protexe os terceiros adquirentes en supostos de invalidez da licenza que amparou a obra ilegal e iso porque considera que o artigo 34 da Lei hipotecaria “protexe o dereito real, que subsiste aínda que despois se anule ou resolva o do outorgante ou transmitente, pero non protexe a subsistencia da cousa obxecto do dereito cando esta, a cousa, ha de desaparecer por impolo así o ordenamento xurídico”<sup>51</sup>.

Do mesmo xeito consideran que, dado que a licenza urbanística é unha autorización real, “fronte aos deberes derivados do incumprimento da legalidade urbanística, non cabe aducir a condición de terceiro adquirente de boa fe amparado polo acceso do seu dereito de dominio ao Rexistro da Propiedade, posto que, conforme o principio de subrogación dos

48 O artigo 45 do Real decreto 1.093/1997, que regula a inscrición de obras novas, establece que: “*Os edificios ou melloras destes que por accesión se incorporan ao terreo, cando se executen conforme a ordenación urbanística aplicable, serán inscristibles no Rexistro da Propiedade en virtude dos títulos previstos pola lexislación hipotecaria. Para tal efecto, deberá constar neles, polo menos, o número de plantas, a superficie de parcela ocupada, o total dos metros cadrados edificadas, e, se no proxecto aprobado se especifica, o número de vivendas, apartamentos, estudos, despachos, oficinas ou calquera outro elemento que sexa susceptible de aproveitamento independente*”. Do mesmo xeito, o artigo 46 apartado 1, que fixa os requisitos para a inscrición do título, establece que: “*Para inscribir os títulos comprendidos no artigo anterior, será necesario o cumprimento dos seguintes requisitos: 1. Que se acredite a obtención da licenza que corresponda, salvo que legalmente non fose exixible (...)*”.

49 O artigo 67 do Real decreto 1.093/1997, que regula a anotación preventiva por interposición de recurso contencioso-administrativo, indica que: “*O que promovese recurso contencioso-administrativo contra os actos da Administración pública que teñan por obxecto a aprobación definitiva dos plans de ordenación, dos seus instrumentos de execución ou de licenzas poderá solicitar, co escrito de interposición ou despois, se existise xustificación suficiente, que se tome anotación preventiva sobre predios concretos e determinados que resulten afectados polo acto impugnado, ofrecendo indemnización polos prexuízos que puidesen seguirse en caso de ser desestimado o recurso, de tal forma que a falta da caución que, se é o caso, exixa o tribunal para evitarlle danos ao titular do predio ou dereito anotado impedirá a práctica da anotación*”. Igualmente, o artigo 68 indica: “*A solicitude da anotación, acompañada de certificación rexistral de dominio e cargas, substanciarase polos trámites establecidos na Lei da xurisdición contencioso-administrativa. Será requisito para a práctica do asento ter oído, en todo caso, o titular rexistral do predio e os que segundo a certificación sexan titulares de dereitos e cargas que consten neste, así como a prestación da caución a que se refire o artigo anterior*”.

O problema ou a razón pola cal non se inscriben esas anotacións preventivas cando existe unha demanda fronte á licenza é que a dita anotación é voluntaria e, ademais, exixese unha caución, o cal dá lugar á falta de interese para a súa inscrición, o que prexudica que os terceiros poidan ter coñecemento.

50 REVUELTA PÉREZ, I., e NARBÓN LAÍNEZ, E. J., “Ejecución de sentencias en materia urbanística, demolición y terceros adquirentes de buena fe. El caso de la anulación de licencias”, cit., p. 1613.

51 Cfr. a Sentenza do 6 de febreiro de 2007 do Tribunal Supremo (Sala do Contencioso-Administrativo, Sección 5.ª) FX 5.º En termos similares pronúnciase a Resolución da Dirección Xeral do Rexistro e o Notariado do 2 de xuño de 2006 ao indicar que: “Na propiedade urbana, de acordo co principio de subrogación real, as limitacións do dominio afectan con transcendencia real a todo adquirente posterior, e se ben é certo que parece atentar contra o principio de publicidade e seguridade do tráfico, non o é menos que aquel se atopa resgardado pola lei, de modo que as limitacións derivadas do urbanismo de ningún xeito poden ser catalogadas como as antigas cargas ocultas, pois este principio da subrogación real dáse respecto a toda transmisión de bens afectados por algunha función administrativa e estas limitacións foron configuradas pola máis moderna corrente civilística caracterizada como *obligatio propter rem*, que afectan ao propietario do terreo polo mero feito de selo, sen que o actor poida pretender ampararse na literalidade do artigo 34 da Lei hipotecaria”.

sucesivos adquirentes no cumprimento dos deberes impostos polo ordenamento urbanístico, a demolición do indebidamente construído non só pesa sobre quen realizou a edificación ilegal, senón sobre os sucesivos titulares desta, sen prexuízo da responsabilidade en que aquel tivese podido incurrir polos danos e perdas causados a estes”<sup>52</sup>.

Para o Tribunal Supremo, a protección xurídica dos terceiros adquirentes móvese por outras canles, “como poden ser as conducentes a resolver os contratos polos que adquiriron, ou a obter do responsable ou responsables da infracción urbanística, ou do incumplidor dos deberes que son propios dos ditos contratos, o resarcimento dos prexuízos irrogados pola execución” e iso sen que se “supedite a demolición ordenada, rotundamente ordenada, a unha previa ou simultánea declaración de responsabilidade dos causantes do dano e do correlativo dereito dos prexudicados a seren indemnizados”, pois “esa responsabilidade e ese correlativo dereito non foron obxecto de axuizamento naquelas sentenzas, de sorte que nada sobre unha e outro pode decidirse na fase ou proceso da súa execución”<sup>53</sup>.

Fronte á xurisprudencia que nega a posibilidade de que a existencia dun terceiro de boa fe do artigo 34 da LH, que confiou no Rexistro da Propiedade, poida evitar a demolición e incardinarse nun suposto de imposibilidade de execución, e ante a ausencia dun precepto que, con carácter xeral, permita a suspensión ou inexecución de sentenzas por razóns de interese público, os lexisladores, primeiro autonómicos e, posteriormente, estatal, presionados, sen dúbida ningunha pola Unión Europea<sup>54</sup> e polas asociacións de afectados<sup>55</sup>, víronse obrigados a ditar normas que salvagarden os intereses dignos de protección destes terceiros<sup>56</sup>.

52 Cfr. a Sentenza do 26 de setembro de 2006 do Tribunal Supremo (Sala do Contencioso-Administrativo, Sección 5.ª), FX 2.ª RX 2006\6665.

53 Cfr. a Sentenza do 6 de febreiro de 2007 do Tribunal Supremo (Sala do Contencioso-Administrativo, Sección 5.ª) FX 5.ª

54 A Comisión de Peticións do Parlamento Europeo aprobou en febreiro de 2009 o chamado Informe Auken, que foi ratificado por Resolución do Parlamento Europeo de marzo de 2009. Neste informe realízanse importantes críticas a España, xa que non protexe da demolición os adquirentes de boa fe que viron anuladas as licenzas. No informe exprésase: Considerando que moitos miles de cidadáns europeos, en diferentes circunstancias, adquiriron propiedades en España de boa fe, actuando conxuntamente con avogados locais, urbanistas e arquitectos, só para descubrir máis adiante que foron vítimas de abusos urbanísticos cometidos por autoridades locais pouco escrupulosas e que, en consecuencia, as súas propiedades se enfrontan á demolición porque se descubriu que foron edificadas ilegalmente e, polo tanto, non teñen valor e non poden venderse. E ante este panorama insta a España, tal como se deduce dos apartados 7 e 16 “a que establezan mecanismos xudiciais e administrativos operativos, que impliquen os Valedores do Pobo rexionais, os cales son competentes para proporcionar medios que permitan acelerar o acceso á xustiza e a indemnización ás vítimas de abusos urbanísticos en virtude das disposicións da lexislación en vigor”; opinando que as persoas que adquirisen de boa fe unha propiedade en España e se atopasen con que foi declarada ilegal deben ter dereito a obter unha indemnización axeitada a través dos órganos xurisdiccionais españois.

55 As lexítimas presións exercidas polas asociacións de afectados despréndense do debate parlamentario que deu lugar ao apartado 3 do artigo 108 da LXCA. Así, na intervención do senador Rodríguez Esquerdo en defensa da emenda introducida polo Grupo Parlamentario Socialista e que deu lugar á introdución do apartado 3 do artigo 108 da LXCA, exprésase que: “Por último, quero facer referencia brevemente a unha emenda que esta mañá se *transou* sobre os adquirentes de boa fe. Creo que estes viñan necesitando, despois da modificación do Código penal e da Lei hipotecaria, unha redacción máis xusta ou máis real do que eles pretendían. A emenda desta mañá é algo que as asociacións de afectados asumiron, creo que con bo criterio. Por fin, parece que esas pretensións foron recollidas por todos, asumidas por todos, e a eles, aos afectados, déuselles unha cumprida resposta ao que viñan demandando anos atrás. Polo tanto, creo que nese aspecto temos que estar satisfeitos”.

56 As razóns que xustifican a nova regulación son expresadas por F. GONZÁLEZ BOTIJA e M. A. RUIZ LÓPEZ, cando indican que: “(...) son os cidadáns afectados os maiores prexudicados por esta situación. Moitos propietarios de edificacións irregulares, que actuaron de boa fe ao adquirir unha vivenda, na crenza de que cumprían con todos os requisitos legais, viron demolida a súa vivenda nos últimos anos, ou, canto menos, que se atopa nunha situación xurídica, económica e social moi delicada. Estes cidadáns foron vítimas da irresponsabilidade dos poderes públicos, que non foron dilixentes á hora de outorgar licenzas, inspeccionar e controlar irregularidades e, en definitiva, de adoptar normas urbanísticas ou rexistras adecuadas para evitar estes problemas. E é que moitos concellos concederon licenzas para vivendas despois declaradas ilegais, desentendéndose logo das familias afectadas por un problema que eles mesmos xeraran (...) Esta medida incardínase dentro dunha política tendente a pór freo a este delicado problema a todos os niveis, pódolle fin, así, a unha gravísima inxustiza. A modificación vén motivada pola necesidade de incluír unha mellora técnica a prol de fomentar a seguridade xurídica e o tráfico xurídico (...) Coa reforma tratouse de buscar unha harmonía entre os intereses públicos e privados: o primeiro en que se restableza a legalidade (a medida non está pensada para calquera caso) e o segundo en que se repare o dano causado por esta antes de que se produza a demolición, o cal non debe supor en ningún caso un dano ao interese xeral” (“La ejecución de sentencias de derribo y los terceros de buena fe

Así, a disposición derradeira terceira da Lei 7/2015, do 21 de xullo, pola que se modifica a Lei orgánica do poder xudicial, modifica a Lei 29/1998, do 13 de xullo, reguladora da xurisdición contencioso-administrativa, engade un novo apartado 3 ao artigo 108 da LXCA coa seguinte redacción:

*“3. O xuíz ou tribunal, nos casos en que, ademais de declarar contraria á normativa a construción dun inmovible, ordene motivadamente a súa demolición e a reposición ao seu estado orixinario da realidade física alterada, exixirá, como condición previa á demolición, e salvo que unha situación de perigo inminente o impidise, a prestación de garantías suficientes para responder do pagamento das indemnizacións debidas a terceiros de boa fe”.*

Cabe indicar que o feito de que o novo texto do artigo 108 non estivese incluído no proxecto de lei presentado ás Cortes, senón que fose introducido na fase final do procedemento lexislativo, en concreto nas emendas do senado, xerou non só que non houbera unha discusión seria e rigorosa sobre el que permita unha posterior interpretación, senón que ademais propiciou unha deficiente técnica lexislativa na redacción, o cal vai xerar importantes dúbidas na súa interpretación e dificultades na súa aplicación.

## 6.2 Análise do apartado 3 do artigo 108 da LXCA

O apartado 3 do artigo 108 supón a introdución dun suposto singular en que o lexislador considerou preciso suspender e demorar a demolición de construcións ilegais declaradas por sentenza como consecuencia da presenza dun terceiro adquirente de boa fe.

Non obstante, debemos indicar que o precepto presenta importantes deficiencias e lagoas que van dificultar unha interpretación homoxénea e que van xerar litixiosidade<sup>57</sup>.

A primeira idea que se desprende do artigo é que nos atopamos ante un suposto de suspensión da execución e non de inexecución. En concreto, a demolición atópase supeditada á prestación de garantías suficientes para responder do pagamento das indemnizacións debidas a terceiros de boa fe.

Deste xeito, mentres non se presten as garantías suficientes para responder do pagamento das indemnizacións debidas a terceiros de boa fe, non será posible a demolición acordada na sentenza, co que se non se presten as garantías que cubran todos os danos causados (como por exemplo a quebra do promotor) non será posible a execución, que deste modo será inexecutable.

A segunda idea que parece desprenderse do precepto é que a declaración de invalidez por ser materialmente contraria á normativa a construción do inmovible que habilitou e amparou unha licenza non leva consigo de forma implícita e automática como consecuencia xurídica a demolición, senón que, pola contra, é necesario que a sentenza que declara a invalidez declare, igualmente, de forma expresa e motivada, as razóns polas cales procede a demolición e a reposición ao seu estado orixinario da realidade física alterada.

a propósito del nuevo artículo 108.3 de la Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa”, *Revista de Urbanismo y Edificación*, n.º 35, 2015, p. 23-45).

<sup>57</sup> Resulta sumamente interesante, pois detecta con claridade algúns dos problemas que formula o novo apartado do artigo 108, a crítica que realiza ao precepto CHAVES, J. R., no seu blog <https://delajusticia.com/2015/10/05/ejecucion-de-sentencias-de-demolicion-tras-el-novedoso-articulo-108-3-ljca/>

En efecto, tal como di o precepto, para que se poida demoler, é preciso, en primeiro lugar, declarar contraria á normativa a construción dun inmovible e, en segundo, lugar, a sentenza debe ordenar motivadamente a súa demolición e a reposición ao seu estado orixinario da realidade física alterada. Deste xeito, se a sentenza unicamente acorda a invalidez das licenzas sen facer consideración expresa e motivada á demolición, parece que non se poderá proceder a esta.

Polo tanto, o artigo parece contrariar a doutrina xurisprudencial do Tribunal Supremo que indica que a demolición do construído é *“a consecuencia imposta legalmente no caso de anulación dunha licenza concedida con infracción da normativa urbanística”*<sup>58</sup> e que *“... tratándose de obras realizadas ao abeiro dunha licenza que contravén normas urbanísticas, a anulación desta comporta a obriga de demolición daquelas, de sorte que nin a sentenza que acorda esta, aínda que non tivese sido pedida, é incongruente, nin se supera o sentido do título executivo cando se ordena tal demolición na fase de execución malia que o título só contivese explicitamente o pronunciamento anulatorio da licenza”*<sup>59</sup>. E iso, *“con independencia de que a citada demolición tivese sido solicitada, ou non, no suplico da demanda, e tivese sido, ou non, expresamente declarada na resolución da sentenza ditada”*<sup>60</sup>.

A terceira idea que se desprende do artigo é que dá por feito que en caso de que exista un adquirente terceiro de boa fe, existe un dano e a indemnización é debida, o que xera de forma obrigatoria a suspensión da demolición ata que se presente unha garantía. Igualmente, a norma indica a obriga de prestar unha garantía; non obstante, non indica quen debe prestala.

A cuestión controvertida, desde o noso punto de vista, é que non sempre que se invalida unha licenza vai xurdir responsabilidade patrimonial, é dicir, non existe nin en dereito civil unha relación automática entre irregularidade urbanística, nulidade do contrato de compravenda e indemnización, nin en dereito administrativo unha correlación entre nulidade de licenza e responsabilidade patrimonial da Administración<sup>61</sup>.

Neste sentido, dado que non sempre que se declara inválida unha licenza, vai xurdir o deber de indemnizar o terceiro de boa fe, xa sexa pola Administración, xa sexa polo promotor (que máis ben ten que restituír o prezo pagado), cando o apartado terceiro do artigo 108 da LXCA establece que o xuíz *“exixirá, como condición previa á demolición, a prestación de garantías suficientes para responder do pagamento das indemnizacións debidas a terceiros de boa fe”*, está a querer dicir, ao noso xuízo, que será necesario que nun novo proceso se determine se hai ou non obriga de indemnizar e a súa contía.

---

58 SSTS do 7 de febreiro de 2000 e 15 de outubro de 2001, entre moitas outras.

59 STS do 7 de xuño de 2005.

60 STS do 9 de febreiro de 2009.

61 Así, e polo que respecta á posible responsabilidade patrimonial da Administración e, en concreto, do Concello, que é quen outorga a licenza materialmente inválida, debemos indicar que non sempre que emitise unha licenza declarada inválida vai responder dos danos causados, e iso porque, tal como se desprende do artigo 48 d) do Real decreto lexislativo 7/2015, do 30 de outubro, polo que se aproba o texto refundido da Lei do solo e rehabilitación urbana, a anulación dos títulos administrativos habilitantes de obras e actividades en ningún caso dará lugar a indemnización se existe dolo, culpa ou negligencia graves imputables ao prexudicado. Igualmente, existindo tan só culpa leve, e non sendo, polo tanto, de aplicación a *exceptio doli*, iso non determina que non se aplique a concorrencia de culpas, o que vai dar lugar a unha redución da indemnización. É máis, en numerosas ocasións, mesmo cando a licenza fose declarada inválida, unha interpretación razoable da norma por parte da Administración deu lugar a que os órganos xurisdiccionais exclúan a responsabilidade desta e a conseguinte indemnización.

Polo tanto, para que se suspenda a execución, vai ser necesario que o terceiro, de boa fe, unha vez declarada a invalidez da licenza e a obriga de demoler, accione os procedementos administrativos e/ou os procedementos civís fronte á Administración ou ao promotor exixindo a responsabilidade destes e, unha vez iniciados, comunicarlle tal circunstancia ao tribunal co fin de que suspenda o procedemento.

Non obstante, o precepto parece establecer a obriga do xuíz da execución, con carácter previo ao inicio dese novo proceso que se ten que iniciar para determinar a existencia ou non de responsabilidade e a súa contía, de ditar unha especie de orde cautelar no incidente de execución na cal se determine con carácter provisional a contía a que estime que ascende a indemnización e a persoa responsable dela (deste xeito, o incidente convértese nunha especie de proceso sumario que xulga provisionalmente a cuestión pero que non produce efectos de cousa xulgada)<sup>62</sup>.

A cuarta idea que mostra a dificultade aplicativa do novo apartado terceiro do artigo 108 estriba en determinar o concepto de “terceiro de boa fe”. En efecto, cabe formularse se cando se fai referencia ao terceiro de boa fe este debe ser un terceiro cualificado do artigo 34 da LH ou, pola contra, un simple terceiro de boa fe.

Desde o noso punto de vista, a razón que permite modular e suspender a demolición é precisamente salvagardar e protexer aquel terceiro que confiou na seguridade xurídica que brinda o Rexistro da Propiedade, comprobando que a obra nova da edificación adquirida estaba inscrita e que non constaba ningunha anotación preventiva de embargo, e que, malia a confianza que o dito rexistro outorga, non obstante, con posterioridade vese privado da propiedade adquirida como consecuencia dunha sentenza que declara a demolición. Deste modo, entendemos que o único terceiro que se pode beneficiar do artigo é o terceiro do artigo 34 da LH.

Pola contra, quen adquire un inmovible cuxa licenza non está inscrita e, a pesar da súa non inscrición, o adquire, está a asumir o risco de que a licenza se atope impugnada, razón pola cal, aínda sendo un terceiro de boa fe, non debe ser protexido.

A quinta idea fai referencia aos procesos aos cales é de aplicación o artigo 108 da LXCA, isto é, se este se pode aplicar ás execucións xa iniciadas ou, pola contra, só resulta aplicable aos procedementos de execución que se inicien con posterioridade á entrada en vigor da norma.

62 Este problema tamén o formula CHAVES, J. R., no seu blog <https://delajusticia.com/2015/10/05/ejecucion-de-sentencias-de-demolicion-tras-el-novedoso-articulo-108-3-ljca/>, cando se cuestiona se “cando se fala de indemnizacións debidas non alude a “*posibles*” indemnizacións senón a indemnizacións «*debidas*», isto é, líquidas ou determinadas. Nesta tesitura, ou ben se acomete un incidente ante o xuíz (ou consta o recoñecemento da indemnización pola Administración) para concretar, no seu defecto, o alcance das indemnizacións, ou, simplemente, para os efectos deste precepto, debe entenderse o xuíz habilitado para exixir unha garantía “concertada” ou “a ollo”. Este é o “burato negro” da novidade lexislativa: ¿como sabe o xuíz quen é o responsable das indemnizacións e en que medida –promotor, Administración, terceiro revendedor, etc.–?; se tivo lugar un expediente de responsabilidade patrimonial ou o exercicio de accións civís entre os implicados, unha vez ultimados, poderá o xuíz contencioso ter criterio ao respecto; pero o normal será que teña que tramitarse un mínimo incidente para forxarse polo menos unha idea orientativa de quen e ata canto é responsable. Non obstante, con todas as cautelas, inclinárame por exixirlle unha fianza ou garantía á Administración “a prezo concertado” (logo de informe pericial de valoración) porque, mírese como se mire, xa sexa por pasividade, xa sexa por conviencia co construtor ou xa sexa por “sostela e non emendala”, era quen tiña a obriga de garantir a legalidade urbanística e quen na maioría dos casos sería quen deba indemnizar o terceiro de boa fe. Así e todo, non esquezamos que o xuíz contencioso debe primeiro dirixir a súa mirada ao titular da vivenda para confirmar se é “terceiro de boa fe” e, unha vez convencido, dirixir a súa mirada para determinar quen o enganou ou sorprendeu na súa boa fe, ou sexa, cara a outros particulares (promotor, mediador, etc.) e cara á Administración. Nada doado”.

Partindo do réxime transitorio que, con carácter xeral, establecen as leis procesuais en relación cos procedementos de execución e en virtude dos cales a lei procesual que entre en vigor se lles aplicará a todos aqueles procedementos de execución que, mesmo iniciados con anterioridade, se atopan abertos e non finalizados por non teren sido totalmente executados, podemos afirmar que o artigo 108 da LXCA se vai aplicar a todos aqueles procesos en que se declarou que a licenza é inválida por ser materialmente ilegal a construción que amparou pero nos cales aínda non se procedera á demolición.

Neste sentido, a disposición transitoria cuarta da LXCA indica que *“a execución das sentenzas firmes ditadas despois da entrada en vigor desta lei se levará a cabo segundo o disposto nela. As ditadas con anterioridade das que non constase en autos a súa total execución executaranse no pendente conforme esta”*.

Igualmente, a disposición transitoria sexta da LAC establece que *“os procesos de execución xa iniciados ao entrar en vigor esta lei se rexerán polo disposto nela para as actuacións executivas que aínda poidan realizarse ou modificarse ata a completa satisfacción do executante”*.

En definitiva, se non houbo demolición e a execución non está pechada, é de aplicación o artigo 108 da LXCA e, polo tanto, a suspensión do procedemento.

## 7 Conclusións

Primeira. A decisión de eliminar os efectos ou situacións xurídicas emanadas dun acto administrativo non depende ou non pode levarse a cabo a través dun mero xuízo de invalidez en que se contraste a adecuación do acto co ordenamento xurídico; pola contra, á hora de considerar se procede ou non eliminar os efectos do acto administrativo inválido débese ter en conta toda outra serie de circunstancias tales como o tipo ou clase de acto declarado inválido, o tipo de vicio, a gravidade do vicio, a actuación das partes na xeración do vicio, a materia sobre a que versa o acto administrativo, etc.

Desta forma, do mesmo xeito que non existe unha correlación automática entre validez e eficacia, non existe unha correlación automática entre invalidez e ineficacia. A eficacia e, sobre todo, a ineficacia constitúen unha realidade ou institución autónoma que non sempre é consecuencia da declaración de invalidez dun acto, aínda que a dita declaración de invalidez é un requisito ou presuposto que se ha de dar para que proceda a ineficacia, aínda que non o único.

Desta forma, mentres que o xuízo de validez da licenza é un xuízo estático que ten como obxectivo analizar e realizar, moitos anos despois de ditarse a licenza, un simple contraste entre a licenza e o planeamento no momento en que se deu a licenza sen ter en conta as circunstancias acaecidas desde que se dita a licenza ata que, reiteramos, moitos anos despois se dita a sentenza; non obstante, o xuízo de ineficacia é un xuízo dinámico que ten como obxectivo decidir, á vista das circunstancias acaecidas durante a vida do acto e en atención a outros principios xurídicos dignos de protección, se deben subsistir todos ou algúns dos efectos da licenza inválida, isto é, a obra ou substituír a demolición por outro tipo de consecuencia xurídica.



Segunda. A posibilidade de manter a obra ou a construción materialmente ilegal realizada ao abeiro dunha licenza inválida en virtude da concorrencia de circunstancias que obriguen ao seu mantemento ou, o que é o mesmo, a posibilidade de non executar ou modular a execución da consecuencia imposta legalmente no caso de anulación dunha licenza, é dicir, a demolición, é unha posibilidade que, lonxe de ser excepcional, se recoñece e se recoñeceu desde os inicios da xurisdición contencioso-administrativa. O dito recoñecemento normativo ao longo da historia non é senón a constatación de que o mantemento da obra ilegal é en numerosas ocasións a mellor forma de tutelar o ordenamento xurídico e de ponderar os intereses en conflito.

Terceira. O feito de que na actualidade non exista unha norma que de forma xeral permita, á hora de decidir se se debe demoler unha obra por ser ilegal a licenza que a amparou, atender ás circunstancias acaecidas desde que se dita o acto ata que este é declarado inválido e ponderar a posible existencia de principios, moitos deles constitucionalizados, como o dereito a gozar dunha vivenda digna, evitar a destrución de riqueza ou a protección do dominio público, está a xerar situacións claramente inxustas, como a demolición de obras públicas, a demolición de vivendas adquiridas por terceiros de boa fe, ou a demolición de obras que xeran emprego e riqueza.

Desde o noso punto de vista, polo tanto, é absolutamente necesario que se aprobe unha norma que, con carácter xeral e por razóns de interese público, lles permita aos órganos xurisdicionais, a petición das partes, realizar, unha vez que o acto foi declarado inválido, no noso caso, unha vez que a licenza foi inválida por ser materialmente ilegal a obra, un xuízo de ineficacia que teña como obxectivo decidir, á vista das circunstancias acaecidas durante a vida do acto e en atención a outros principios xurídicos dignos de protección, se deben subsistir todos ou algúns dos efectos da licenza inválida, isto é, se debe substituír a demolición por outro tipo de consecuencia xurídica.

Cuarta. É precisamente neste contexto de ausencia normativa dunha cláusula xeral que permita ponderar o interese público na execución de sentenzas evitando situacións socialmente inxustas, de interpretación restritiva por parte da xurisprudencia do Tribunal Supremo dos supostos de imposibilidade legal ou material e de necesidade de establecer normas que lle permitan ao órgano xurisdicional realizar un xuízo de ineficacia tendo en conta as circunstancias acaecidas desde que nace o acto ata que este é declarado nulo ponderando os efectos da nulidade con outros principios xurídicos dignos de protección, nos cales se incardina a reforma do artigo 108 da LXCA e a suspensión ou condicionamento da execución de sentenza que declara a invalidez dunha licenza e a conseguinte demolición en supostos adquirentes terceiros de boa fe.

Quinta. O apartado 3 do artigo 108 supón a introdución dun suposto singular en que o legislador considerou preciso suspender e demorar a demolición de construcións ilegais declaradas por sentenza como consecuencia da presenza dun terceiro adquirente de boa fe.

Non obstante, debemos indicar que o precepto presenta importantes deficiencias e lagoas que van dificultar unha interpretación homoxénea e que vai xerar litixiosidade.

## 8 Bibliografía

- ALONSO IBÁÑEZ, M. R., “La imposibilidad de ejecución de sentencias de demolición de edificaciones: medidas legales”, Estepa Montero, M. (coord.), Soriano García, J. E. (dir.), *Por el derecho y la libertad libro homenaje al profesor Juan Alfonso Santamaría Pastor*, Iustel, Madrid, vol. 1, 2014.
- BELADIEZ ROJO, M., *Validez y eficacia de los actos administrativos*, Marcial Pons, Madrid, 1994.
- BETANCOR RODRÍGUEZ, A., “La evolución histórico-normativa de la ejecución de sentencias contencioso-administrativas (1845-1956)”, *Documentación Administrativa*, n.º 209, 1987.
- CANO CAMPOS, T., “La invalidez de los actos administrativos y sus consecuencias”, *Revista General de Derecho Administrativo*, n.º 8, 2005.
- CHAVES, J. R., en su blog <https://delajusticia.com/2015/10/05/ejecucion-de-sentencias-de-demolicion-tras-el-novedoso-articulo-108-3-ljca/>. (10 a 15 de maio de 2015).
- DEL SAZ CORDERO, S., “¿Debemos repensar los poderes del juez ante la constatación de la ilegalidad de una disposición general o un acto administrativo?: la anulación parcial del Plan General de Madrid de 1997: un inmejorable ejemplo”, *Revista Vasca de Administración Pública*, n.º 99-100, 2014.
- FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R., “Proceso contencioso-administrativo y urbanismo: semejanzas y diferencias de los casos francés y español”, *Revista Aranzadi de Urbanismo y Edificación*, n.º 29, 2013.
- FERNÁNDEZ VALVERDE, R., “Urbanismo y ejecución de sentencias”, Sánchez Lamelas (coord.), *La ejecución de sentencias contencioso-administrativas*, Aranzadi, Cizur Menor, 2006.
- GEIS CARRERAS, G., “Problemas específicos y últimos avances jurisprudenciales en materia de ejecución de sentencias urbanísticas”, *Revista de Urbanismo y Edificación*, n.º 21, 2010.
- GÓMEZ-FERRER RINCÓN, R., *La imposibilidad de ejecución de sentencias en el proceso contencioso administrativo*, Civitas, Madrid, 2008.
- GONZÁLEZ BOTIJA, F., e RUIZ LÓPEZ, MIGUEL Á., “La ejecución de sentencias de derribo y los terceros de buena fe (a propósito del nuevo artículo 108.3 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa)”, *Revista de Urbanismo y Edificación*, n.º 35, 2015.
- GONZÁLEZ PÉREZ, J., “La eficacia de la Sentencia”, García Pérez, M. (coord.), *Jornadas de Estudio sobre la Jurisdicción Contencioso-administrativa*, Servizo de Publicacións da Universidade da Coruña, A Coruña, 1998.
- GUILARTE GUTIÉRREZ, V., *La legalidad urbanística, demolición y terceros de buena fe*, Lex Nova, Valladolid, 2011.
- LETELIER WARTENBERG, R., *Nulidad y restablecimiento en procesos contra normas*, Civitas, Madrid, 2011.

MÍGUEZ MACHO, L., "Autotutela administrativa y tutela judicial efectiva: nuevas perspectivas para el proceso contencioso-administrativo", *Revista General de Derecho Administrativo*, n.º 38, 2015.

MUÑOZ MACHADO, S., *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General*, Tomo IV, Iustel, Madrid, 2011.

PEMÁN GAVÍN, I., "La demolición en la disciplina urbanística: una mirada retrospectiva", *Revista de derecho urbanístico y medioambiente*, n.º 187, 2001.

REBOLLO PUIG, M., "La presunción de validez", *Revista Española de Derecho Administrativo*, n.º 128, 2005.

REVUELTA PÉREZ, I., e NARBÓN LAÍNEZ, E. J., "Ejecución de sentencias en materia urbanística, demolición y terceros adquirentes de buena fe. El caso de la anulación de licencias", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, n.º 720, 2010.

SANTAMARÍA PASTOR, J. A., *La nulidad de pleno derecho de los actos administrativos*, Instituto de Estudios Administrativos, Madrid, 2ª ed., 1975.

Regap



ESTUDIOS