

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

Regap



ESTUDIOS

IGNACIO CALATAYUD PRATS

Doctor en Derecho. Profesor de Derecho Administrativo
CUNEF, Centro adscrito a la Universidad Complutense de Madrid (España)
icprats@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 a 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

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 La invalidez y la ineficacia de los actos administrativos. Planteamiento. 2 Invalidez formal y demolición. 3 Nulidad, anulabilidad y demolición. 4 Invalidez material y mantenimiento de la obra declarada ilegal. 4.1 Fase procesal del juicio de ineficacia. 5 La potestad de modular la ejecución de una sentencia. 5.1 La inexecución de sentencias desde 1888 hasta 1998. 5.2 La inexecución de sentencias a partir de la Ley del suelo de 1975 y de la Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa de 1998. 6 Licencias inválidas, terceros adquirentes de buena fe y demolición. A propósito de la reforma del artículo 108 de la LJCA. 6.1 El origen del problema y la jurisprudencia del Tribunal Supremo en relación con los terceros adquirentes de buena fe. 6.2 Análisis del apartado 3 del artículo 108 de la LJCA. 7 Conclusiones. 8 Bibliografía.

1 La invalidez y la ineficacia de los actos administrativos. Planteamiento

Este artículo tiene como objetivo analizar, desde un punto de vista crítico, qué consecuencias y efectos conlleva la declaración de invalidez de un acto administrativo por parte de un órgano jurisdiccional y, en concreto, las consecuencias que lleva a aparejada la declaración de invalidez mediante sentencia de una licencia urbanística.

Vamos, por tanto, a analizar y cuestionar la concepción que existe en nuestro ordenamiento jurídico administrativo acerca de dos instituciones íntimamente ligadas entre sí, como son la invalidez y la ineficacia del acto administrativo, desmitificando aquella expresión que indica que los efectos de los actos declarados inválidos deben ser eliminados del ordenamiento jurídico.

En concreto, vamos a contraponer la invalidez y la ineficacia, vamos a comprobar cómo el hecho de que un determinado acto administrativo sea declarado inválido, en nuestro caso una licencia, no va a dar lugar, como si de una regla automática se tratara, a la eliminación de los efectos que dicho acto generó desde el momento en que fue dictado hasta el momento en que se declaró inválido. Sin duda alguna, el brocardo que afirma que *quod nullum est nullum effectum producit*, y que significa, ni más ni menos, que el acto nulo no puede producir efectos o algún tipo de consecuencias jurídicas, debe matizarse¹.

Precisamente, el ordenamiento jurídico y la práctica procesal demuestran que la eliminación de los efectos jurídicos de los actos administrativos declarados inválidos no depende de su conformidad o no a derecho, sino que el mantenimiento de sus efectos puede ser una exigencia del propio ordenamiento jurídico administrativo en atención al cumplimiento bien de una norma, bien de principios jurídicos concretos².

1 Tal como expresa J. A. SANTAMARÍA PASTOR, "la nulidad de pleno derecho como categoría dogmática (al igual que ocurre con el fenómeno general de la ineficacia de los actos jurídicos) ha sido y es un tema polémico de perenne actualidad, que ha obsesionado a la doctrina de todos los tiempos por las dificultades constructivas que ofrece (...) Un análisis elemental de la nulidad de pleno derecho en nuestro ordenamiento permite constatar la existencia de un espectacular divorcio entre la teoría y la praxis de la categoría" (*La nulidad de pleno derecho de los actos administrativos*, Instituto de Estudios Administrativos, Madrid, 2.ª ed., 1975, p. 26).

2 Debemos, además, señalar que no nos estamos refiriendo y no vamos a centrar nuestro estudio en la eficacia de los actos administrativos que presentan vicios de nulidad o anulabilidad antes de que se produzca la declaración de invalidez por el órgano correspondiente, y que es consecuencia del principio de presunción de validez del acto administrativo y de la autotutela declarativa y ejecutiva de la Admi-

La necesidad de adecuar las instituciones de la invalidez y la ineficacia del acto administrativo y de llevar a cabo un estudio de los efectos que produce la declaración de invalidez de un acto administrativo y lo que sucede con los efectos y las consecuencias generadas por un acto administrativo declarado inválido es una reivindicación que parte de la doctrina está exigiendo ante la insatisfacción y los desajustes que la teoría de la invalidez e la ineficacia del acto administrativo genera en la práctica procesal.

En efecto, son diversos los autores que reclaman un análisis y una revisión de las categorías y de los rasgos que definen e identifican a éstas y, en concreto, de las consecuencias que la declaración de invalidez de un acto administrativo genera³.

En principio, la validez hace referencia a la acomodación o a la ausencia de contradicción entre una norma o un acto y otras existentes en el ordenamiento jurídico. Un ordenamiento jurídico, un sistema normativo, no puede tolerar que se dicten actos administrativos contrarios a las leyes. La validez representa, así, el respeto general o total a las reglas del sistema.

La declaración institucional de invalidez de un acto administrativo ha de tener, pues, una serie de consecuencias o efectos: el efecto destructivo, que consiste en la eliminación de los efectos jurídicos del acto, y el efecto reconstructivo, que consiste en obligar a reconstruir la situación jurídica anterior a la producida por el acto anulado.

Así las cosas, declarada institucionalmente la invalidez de un acto, este debe eliminarse del ordenamiento jurídico y, con él, todos los efectos que aquél presumiblemente hubiera generado, dando lugar al restablecimiento jurídico de la situación anterior al dictado del acto, esto es, se debe restaurar el orden vigente anterior al acto (*in integrum restitutio*)⁴.

De lo expuesto se deduce que, en principio, en el ámbito urbanístico una de las consecuencias que genera la invalidez de la licencia cuando ésta se haya otorgado contrariando las

nistración, sino que nos vamos a centrar en la eficacia y el mantenimiento de los efectos de los actos declarados inválidos. No obstante, debemos ya adelantar que, sin duda alguna, el hecho de que un acto declarado inválido pueda mantener sus efectos o, lo que es lo mismo, que no se eliminen los efectos generados por un acto inválido a pesar de que éste haya sido declarado inválido tiene, precisamente, su origen en la presunción de validez y en las prerrogativas de autotutela declarativa y ejecutiva de la Administración, de modo tal que, si dichos principios y prerrogativas no existieran, el ordenamiento jurídico no establecería que los efectos de un acto declarado inválido se mantuvieran.

3 Así, para J. A. SANTAMARÍA PASTOR, pionero en la denuncia del desajuste entre teoría de la invalidez del acto y la práctica procesal, “A la nulidad se han atribuido –y se atribuyen todavía– virtudes y efectos que nunca han poseído ni producido de modo pleno, basándose en una bella construcción tan lógica como artificiosa. Como tendremos ocasión de demostrar, la actuación *ipso iure* de la nulidad, su imprescriptibilidad, la acción popular y la eficacia *ex tunc* o *ex nunc* han sido conceptos más ideales que reales, auténticas pretensiones míticas que han lastrado irreductiblemente toda posibilidad de construcción sensata” (*La nulidad de pleno derecho de los actos administrativos*, cit., p. 47).

Del mismo modo, T. CANO CAMPOS, considera que “La invalidez de los actos jurídicos constituye uno de los conceptos jurídicos que más resistencia ha ofrecido a un tratamiento dogmático satisfactorio y adecuado. La importancia del mismo ha llevado a la doctrina a ocuparse de él de forma reiterada, pero los resultados obtenidos, lejos de alcanzar un razonable grado de consenso en la doctrina, no han logrado evitar que siga siendo uno de los temas más confusos y problemáticos de la dogmática jurídica. Ello es especialmente claro en el ámbito del derecho administrativo, donde la teoría de la invalidez de los actos administrativos no ha conseguido alcanzar una configuración técnica adecuada que explique la verdadera esencia del fenómeno, su efectivo funcionamiento en la realidad jurídica y las auténticas consecuencias que de él derivan, de modo que se eviten las importantes revisiones y críticas de que el tema es objeto de forma recurrente por parte de la doctrina (...) Aunque en los últimos años se ha avanzado considerablemente en la clarificación de este preocupante panorama, la teoría de la invalidez de los actos administrativos todavía no ha logrado desprenderse de muchos de esos lastres ni alcanzar unos resultados razonablemente aceptables (...) A la invalidez, en fin, se le siguen atribuyendo unos efectos o consecuencias que la práctica jurídica, y hasta el propio derecho 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 Una obra indispensable a la hora de analizar la invalidez y la ineficacia y, en consecuencia, la posibilidad de que se mantengan los efectos y las situaciones jurídicas nacidas de actos declarados inválidos es el libro de LETELIER WARTENBERG, R., *Nulidad y restablecimiento en procesos contra normas*, Civitas, Madrid, 2011.

determinaciones y condiciones urbanísticas del derecho de propiedad fijado en las leyes y en los planes urbanísticos va a ser la reintegración del orden transgredido, a fin de hacer desaparecer del mundo real y jurídico los actos ilegalmente producidos y de reponer las cosas a la situación y al estado anterior a la transgresión, en definitiva, la demolición.

Sin embargo, en numerosos casos la eficacia sancionadora del ordenamiento, su capacidad de reacción contra los actos inválidos choca con el peso muerto de la realidad. En muchos supuestos, a pesar de que el acto es declarado inválido, los efectos que ha producido no se eliminan. Y no se trata pues de una falta de actuación de la invalidez, sino de la resistencia positiva de los hechos a ser eliminados y de la necesaria protección de ciertas situaciones nacidas al amparo del acto inválido que son por sí merecedoras de no ser eliminadas⁵.

Para determinar si deben o no suprimirse los efectos o las situaciones jurídicas nacidas al amparo de un acto posteriormente declarado ilegal, es necesario: realizar un juicio dinámico que tenga en cuenta las circunstancias acaecidas entre el momento en que nace el acto administrativo y el momento en que se realiza la declaración de invalidez por sentencia. No basta y no nos sirve para comprender el fenómeno que pretendemos analizar con llevar a cabo, como se suele realizar, un juicio estático sobre la invalidez del acto, esto es, un juicio abstracto en el que únicamente se tenga en cuenta el análisis comparativo de adecuación entre el acto y el ordenamiento jurídico sin tener en cuenta que desde que nace ese acto hasta que, mucho tiempo después, un órgano jurisdiccional conoce definitivamente sobre su validez, el acto ha producido efectos o modificado la realidad.

La decisión de eliminar los efectos o situaciones jurídicas emanadas de un acto administrativo no depende o no puede llevarse a cabo a través de un mero juicio de invalidez en el que se contraste la adecuación del acto con el ordenamiento jurídico; por el contrario, a la hora de considerar si procede o no eliminar los efectos del acto administrativo inválido, se deben tener en cuenta toda otra serie de circunstancias tales como el tipo o clase de acto declarado inválido, el tipo de vicio, la gravedad del vicio, la actuación de las partes en la generación del vicio, la materia sobre la que versa el acto administrativo, etc.⁶

De esta forma, del mismo modo que no existe una correlación automática entre validez y eficacia, no existe una correlación automática entre invalidez e ineficacia. La eficacia y, sobre todo, la ineficacia constituyen una realidad o institución autónoma que no siempre es consecuencia de la declaración de invalidez de un acto, aunque dicha declaración de invalidez es un requisito o presupuesto que se ha de dar para que proceda la ineficacia, aunque no el único⁷.

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

6 Dada la claridad con que lo expresa J. A. SANTAMARÍA PASTOR, transcribimos el siguiente párrafo: “El método de análisis de un determinado fenómeno jurídico debe tomar como puntos iniciales de aproximación los elementos primarios que constituyen la esencia global de dicho fenómeno. Por lo que a la nulidad se refiere (como luego examinaremos con más detalle), los elementos en cuestión son, fundamentalmente, cuatro: en primer lugar, la norma, como mandato estatal que impone coactivamente una estructura típica, un modelo ideal para cada clase de actos; en segundo lugar, el acto, en su realidad individualizada de ajuste o desajuste con el esquema previsto por la norma; en tercer lugar, el juez, entendida esta expresión en el sentido amplio de órgano que aplica el derecho y a quien en concreto compete la función de enjuiciar y pronunciar la adecuación o inadecuación del acto con respecto a la norma; y, por último, la esfera de los efectos, en su doble vertiente de: 1) efectos que produce el acto –o que debería producir– en ausencia de un pronunciamiento sobre su adecuación a la norma, y 2) efectos que producirá el acto tras el pronunciamiento judicial aludido. La misma pluralidad de elementos que constituyen la estructura de la situación jurídica de nulidad indica la posible diversidad de métodos de construcción, según se tome como *leit motiv* uno u otro de ellos, bien considerado individualmente, bien en combinaciones más o menos complejas” (*La nulidad de pleno derecho de los actos administrativos*, cit., p. 61).

7 Tal como expresa J. A. SANTAMARÍA PASTOR, “El acto estructuralmente regular (válido) no siempre es eficaz: un negocio puede ser plenamente ineficaz, como lo demuestran los siguientes ejemplos: (...) Y, viceversa, el acto inválido no es necesariamente ineficaz; la irregu-

De lo expuesto se deduce que los órganos jurisdiccionales, cuando analizan la validez de un acto administrativo, únicamente han de realizar un juicio estático, abstracto y comparativo entre el acto y el ordenamiento jurídico; por el contrario, cuando llevan a cabo el juicio de ineficacia, deben realizar un juicio dinámico que tenga en cuenta las circunstancias que han concurrido al dictar el acto y durante la vida de éste.

En este sentido, la obligación o la posibilidad de mantener los efectos del acto declarado inválido puede ser realizada por el ordenamiento jurídico bien directamente mediante una norma jurídica que de manera expresa establezca e imponga al juez la obligación de respetar los efectos que el acto ha producido con anterioridad al momento de su supresión, bien mediante la atribución al órgano jurisdiccional de la posibilidad de aplicar, de forma discrecional, una serie de principios jurídicos⁸.

En materia urbanística, para determinar la posible supresión de los efectos de una licencia declarada inválida por sentencia, será necesario tener en cuenta el tipo de vicio, si es formal o material, la gravedad de la transgresión, la conducta de las partes en la generación de la transgresión y las circunstancias que pueden concurrir desde que ésta se generó hasta que se dicta una sentencia que declara la invalidez.

2 Invalidez formal y demolición

Como sabemos, el contenido del derecho de propiedad urbana viene definido, delimitado y configurado por la ley y los planes urbanísticos; la ley y los planes definen cuál es en cada caso la extensión del derecho de propiedad al precisar su contenido en función del destino concreto de éste.

laridad estructural no obsta para que el acto produzca, no obstante, efectos, como ocurre en los siguientes casos: (...) supuestos de actos nulos que, no obstante, producen determinados efectos impuesto *ex lege* (matrimonio putativo...). Segunda, y fundamental, lleva a la formulación de un conjunto de proposiciones irreales que desconectan palmariamente la construcción teórica de la realidad jurídica. No puede olvidarse que la calificación de la validez, – esto es, del ajuste estructural entre acto y norma – se produce en un plano ideal, puramente teórico, mientras que la calificación de eficacia o de ineficacia solo puede derivar de los hechos. Abreviadamente, esta conclusión podría resumirse en las siguientes proposiciones: a) La invalidez es una calificación puramente teórica derivada de la constatación de un desajuste entre la estructura real del acto y la estructura tipo normativa; la ineficacia, en sentido estricto, es un dato exclusivamente empírico, derivado de la comprobación de que, de hecho, el acto en cuestión no ha producido efectos, con independencia del origen de esta circunstancia; b) No existe, pues, una correlación automática, ontológicamente necesaria entre validez y eficacia, de un lado, y entre invalidez e ineficacia, de otro. La eficacia o ineficacia de un acto constituye, en principio, una realidad autónoma que puede o no ser consecuencia de un estatus de validez o invalidez. Hablar de ineficacia como la calificación de no producción de efectos en el plano teórico supone, además de una *contradictio in terminis*, una confusión de lo tendencial con lo real (...) (*La nulidad de pleno derecho de los actos administrativos*, cit., pp. 155-160).

- 8 Tal como manifiesta R. LETELIER WARTENBERG, “En diversos casos, la regulación de la relación entre el JVI y el JVC no se establece solo a través de una reglamentación expresa, como sucedía en los casos anteriormente examinados, sino que dicha regulación es diseñada mediante la incorporación de una serie de principios jurídicos cuyos contenidos le dan forma a esa regulación. (...) Los tribunales usan una variada gama de principios como forma de limitar los efectos que conllevaría adoptar una regulación de nulidad radical. Estos principios, de la misma forma que las reglas de anulabilidad o de derogación, vienen a definir la extensión del ámbito de supresión del JVC delimitando del mismo modo el ámbito de respeto o consideración al JVI. Así las cosas, tanto la supresión como la reversión de los efectos se estructuran sobre la base de la regulación de nulidad radical, mientras que la corrección de esos efectos totales se llevaría a cabo mediante la aplicación del respectivo principio jurídico. Es entonces la síntesis entre las normas de nulidad y estos principios en juego la que viene a diseñar la específica regulación de esta colisión entre juicios de validez (...) El caso del principio de seguridad jurídica, por ejemplo, representa un caso de aplicación de esta proposición. Mientras un caso concreto, una ley o un acto administrativo han omitido algún requisito de validez, la sanción para tal omisión puede consistir en la nulidad total de aquella norma con la completa reversión de los efectos que la norma hubiese producido. Sin embargo, (...) el juez puede, en el momento de decidir la nulidad y consiguiente supresión de la norma jurídica, reconocer la aplicación al caso de un principio como el de seguridad jurídica, cuyo efecto no es otro que el de dejar indemnes los efectos del JVI, limitándose, de esta forma, la reversión a un momento definido por el tribunal en cuanto aplicación del mismo principio” (*Nulidad y restablecimiento en procesos contra normas*, cit., pp. 312-313).

De este modo, la posibilidad de edificar, construir o no en un determinado suelo y qué se puede edificar o construir vienen definidos con precisión en los planes urbanísticos.

Ahora bien, la construcción de edificios y la realización de las obras que en ellos se ejecuten precisan con carácter previo de la preceptiva licencia. La licencia urbanística, y en concreto la licencia de obras, es una técnica que, justamente, permite a la Administración controlar de manera preventiva el cumplimiento de las exigencias previstas en las normas y el cumplimiento del planeamiento por parte del propietario. La obtención de licencia requiere la tramitación de un procedimiento⁹.

Pues bien, la licencia otorgada puede ser inválida bien por cuestiones formales, esto es, porque ha sido dictada por órgano no competente o porque no se ha respetado el procedimiento administrativo (ausencia de algún informe), o bien puede ser inválida por razones materiales, esto es, porque la obra es contraria a la ordenación urbanística, o, lo que es lo mismo, porque se ha permitido la realización de una obra o construcción a la que no tiene derecho el propietario.

Pues bien, como indicamos, las consecuencias de la invalidez de la licencia van a variar sustancialmente si el vicio que ésta ha generado es formal o, por el contrario material.

En efecto, el hecho de que la licencia sea contraria al ordenamiento jurídico por un incumplimiento de las normas que rigen la competencia o el procedimiento de otorgamiento de éstas no significa que la obra ejecutada sea contraria a los planes urbanísticos yendo más allá de su derecho de propiedad. De este modo, es posible que la obra realizada conforme a la licencia declarada inválida por motivos formales se ajuste y adecue al planeamiento, no siendo posible, por tanto, que la consecuencia jurídica de la invalidez sea la demolición, y ello porque la obra es materialmente correcta. De este modo, la invalidez de una licencia por un vicio formal no va a tener como consecuencia la demolición de la obra ejecutada, sino la obligación de que se tramite un nuevo procedimiento¹⁰.

En estos casos, la sentencia que declara la invalidez por un vicio formal se debe entender correctamente ejecutada cuando se tramite el procedimiento legalmente establecido para su otorgamiento, independientemente del resultado. Por tanto, una vez declarada la invalidez de la licencia como consecuencia de la existencia de un defecto formal, la ejecución de la sentencia se cumple con la tramitación del procedimiento o la subsanación del trámite que dio lugar a la nulidad, resolución del procedimiento que puede dar lugar a que o bien se conceda la licencia o bien se deniegue. Esta nueva resolución es un acto administrativo y no un acto de ejecución de sentencia, razón por la cual cualquier controversia sobre el mismo

9 Con carácter general el procedimiento para la obtención de una licencia de obras se inicia mediante solicitud del interesado, a la que, con carácter general, las distintas leyes de las Comunidades Autónomas exigen que se acompañe de una memoria indicativa de la finalidad y uso de las obras proyectadas, acreditando el aprovechamiento preexistente y justificando la adecuación a la ordenación urbanística vigente. Un proyecto suscrito por un técnico competente con los planos y prescripciones necesarias para controlar la adecuación a la normativa. Una vez presentada la solicitud con la documentación necesaria, son trámites de la instrucción del procedimiento: a) la comunicación a las Administraciones afectadas para que emitan informe sobre aspectos de su competencia; b) la emisión del informe o informes técnicos que tienen como objetivo el examen de la adecuación del proyecto a la legalidad urbanística, normas de edificación y construcción, así como a la reducción del impacto ambiental y conservación energética; c) la emisión de un informe jurídico que analice la legalidad de obra; d) los restantes trámites necesarios o convenientes por razón del emplazamiento o naturaleza de los actos u operaciones o efectos.

10 Un ejemplo de lo expuesto lo constituye la Sentencia de 2 de julio de 1998, del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5.ª) RJ 1998\5737.

(en concreto si es o no conforme materialmente con el planeamiento urbanístico) requerirá el inicio de un nuevo proceso, no siendo, en consecuencia, susceptible de incidente de ejecución.

De lo expuesto se deduce que la invalidez de una licencia por razones formales no va a dar lugar y no va a tener como consecuencia jurídica la demolición de la obra construida; únicamente cuando la obra, y en consecuencia la licencia, sea contraria materialmente a las determinaciones urbanísticas será posible la demolición y, como veremos, no siempre.

3 Nulidad, anulabilidad y demolición

Tal como expusimos a la hora de considerar si procede o no la eliminación de los efectos del acto administrativo inválido, se deben tener en cuenta circunstancias tales como el tipo o clase de acto declarado inválido, el tipo de vicio o la gravedad del vicio (nulidad o anulabilidad).

En este sentido, podría pensarse que la demolición como consecuencia de la declaración de invalidez de una licencia va a depender de que nos encontremos ante un supuesto de nulidad de pleno derecho o de anulabilidad de la licencia¹¹. Sin duda alguna, la gravedad del incumplimiento material pudiera, y quizá debiera, ser una razón que justifique una modulación de las consecuencias de la invalidez; sin embargo, y aunque pudiera parecer lo contrario, debemos indicar que en nuestro ordenamiento jurídico el hecho de que nos encontremos ante un supuesto de nulidad de pleno derecho o de anulabilidad no va a variar las consecuencias de la invalidez¹².

No es posible, por tanto, distinguir la nulidad y la anulabilidad en cuanto a los efectos *ex tunc* o *ex nunc* de la declaración de invalidez realizada¹³.

-
- 11 Como sabemos, y se reitera como si de un mantra se tratara, los rasgos o elementos que definen la nulidad absoluta o de pleno derecho son que, dada la gravedad del vicio y el carácter estructural de éste, cualquier interesado puede invocarla o hacer valer ante un tribunal, que es apreciable de oficio por el juez, que la acción de nulidad no prescribe, que no es susceptible de convalidación o confirmación, que la sentencia que estima la nulidad es meramente declarativa al operar la nulidad de pleno derecho *ipso iure*, teniendo como única finalidad la sentencia hacer desaparecer la posible apariencia de regularidad del negocio y, finalmente, la declaración de nulidad produce efectos *ex tunc* al no poder generar el negocio nulo de pleno derecho efectos jurídicos. Por el contrario, y en contraposición a la nulidad de pleno derecho, se indica que la anulabilidad, dado que es una acción que tiene como finalidad proteger a una parte, solo puede ser ejercitada por la parte designada en la norma que establece la nulidad; que tiene un plazo para su ejercicio; que el acto es susceptible de convalidación por confirmación por la parte que ha sufrido la causa de nulidad; que hasta que se declare la nulidad por sentencia el acto es inicialmente válido y eficaz y que, en consecuencia, la sentencia que declare dicha nulidad tiene carácter constitutivo, razón por la cual se indica que la declaración de nulidad tiene efectos *ex nunc*, esto es, solo a partir de la declaración de nulidad. Cfr. MUÑOZ MACHADO, S., *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General, Tomo IV*, Lustel, Madrid, 2011, pp. 173-178.
- 12 Considera que la gravedad de los vicios debieran modular la consecuencia jurídica de la demolición I. PEMÁN GAVÍN, cuando indica que: “cabría limitar el carácter obligatorio de la demolición a los supuestos en que existe un sólido fundamento o bien jurídico protegido. Hemos tenido la ocasión de comprobar que tales supuestos se circunscriben, por razones históricas, a la protección del dominio público, pudiéndose añadir otros supuestos en los que la protección no se ciñe a la legalidad objetiva, sino que incluye la protección física de las personas, tales como la construcción en zonas de riesgo” (“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, “Otra de las diferencias tradicionales es la eficacia *ex tunc* de la declaración de nulidad, frente a los efectos *ex nunc* de la anulabilidad. Las consecuencias de la nulidad de pleno derecho (la tradicional, pero errónea, eliminación del acto o su ineficacia) se producirían desde el momento en que éste se dictó, mientras que si el acto es sólo anulable (regla general en el derecho administrativo) dichas consecuencias solo se producirían desde el momento en que se aprecia y declara el vicio del acto. Recientemente se ha sostenido, sin embargo, que en el caso de la anulabilidad debe distinguirse entre actos cuya eficacia se agota en una sola aplicación (pago de una multa), en cuyo caso la eficacia de la anulabilidad será *ex tunc* (la cuantía de la multa debe ser devuelta), y actos cuya eficacia se extiende en el tiempo, en cuyo caso la eficacia de la anulación también será *ex tunc*, salvo que algún principio, como el de protección de la confianza, deba ser tenido en cuenta y determine la eficacia *ex nunc* de la anulabilidad. Esta diferencia, que muchos autores califican con razón de mito, carece de todo fundamento. Se debe, nuevamente, a un entendimiento erróneo de las consecuencias de la invalidez. Carece de fundamento, porque no se entiende muy bien por qué un acto que es contrario al ordenamiento desde el momento en que se dicta es tratado desde ese momento y hasta que se declara tal contrariedad como si se ajustara a derecho. Lo lógico, y lo que el principio

En este sentido, si la declaración de invalidez de una licencia urbanística por incurrir en vicio de anulabilidad tuviera efectos *ex nunc*, esto es, que solo se deben eliminar los efectos generados a partir de la declaración de invalidez, las obras realizadas y ejecutadas en virtud de dichas licencias se deberían mantener, y ello porque, de ser cierto que la declaración de nulidad solo produce efectos a partir de la sentencia, los efectos anteriores de la licencia, y por tanto la obra, serían legítimos.

Nada más lejos de la realidad, en nuestro ordenamiento jurídico, si la obra es materialmente contraria al planeamiento urbanístico, y por tanto la licencia inválida, la consecuencia jurídica de dicha invalidez es la misma tanto en supuestos de nulidad como de anulabilidad: el restablecimiento de la legalidad. Por lo tanto, las instituciones de la nulidad y de la anulabilidad ninguna incidencia tienen en cuanto al posible mantenimiento de las obras materialmente ilegales amparadas en una licencia declarada inválida por sentencia¹⁴.

La invalidez (ya sea por nulidad de pleno derecho o anulabilidad) representa la declaración institucional de invalidez de un acto administrativo.

Pues bien, dicha declaración de invalidez tiene, con carácter general, una serie de consecuencias o efectos: el efecto destructivo, que consiste en la eliminación de los efectos jurídicos del acto, y el efecto reconstructivo, que consiste en obligar a reconstruir la situación jurídica anterior a la producida por el acto anulado¹⁵. El carácter retroactivo o los efectos *ex tunc* de la nulidad y la anulabilidad es una consecuencia lógica de la invalidez: "*Determinado que un acto jurídico no posee validez dentro del sistema, resulta natural que no deba reconocerse en aquel acto virtud alguna durante todo el tiempo de su vigencia para producir efectos reconocibles*"¹⁶.

En consecuencia, y en principio, declarada la invalidez de una licencia por razones materiales, ya sea por nulidad o anulabilidad, quedan sin soporte jurídico las obras y construcciones amparadas y que han tenido causa del acto declarado inválido¹⁷.

Así las cosas, de acuerdo con nuestra normativa, declarada institucionalmente la invalidez de una licencia, esta debe eliminarse del ordenamiento jurídico y, con ella, todos los efectos que aquella

de legalidad exige, es que se considere inválido desde el momento en que infringe el ordenamiento y que desde ese mismo momento se produzcan las consecuencias de su invalidez" ("La invalidez de los actos administrativos y sus consecuencias", cit., pp. 48-49).

14 La única diferencia entre nulidad y anulabilidad la vamos a encontrar en los plazos para el ejercicio de la impugnación. Pero, una vez impugnada, la gravedad de los vicios no va a variar las consecuencias de la invalidez.

15 Tal como indica el Código Civil en su artículo 1303 cuando regula la anulabilidad: "Declarada la nulidad de una obligación, los contratantes deben restituirse recíprocamente las cosas que hubiesen sido materia del contrato, con sus frutos, y el precio con los intereses, salvo lo que se dispone en los artículos siguientes".

16 Cfr. LETELIER WARTENBERG, R., *Nulidad y restablecimiento en procesos contra normas*, cit., p. 97.

17 En similares términos a los aquí señalados se expresó M. BELADIEZ ROJO, cuando de forma clara y contundente indicó que: "la retroactividad o irretroactividad de la sentencia o resolución en la que se declare la invalidez de un acto jurídico se explica normalmente como una consecuencia de la nulidad o de la anulabilidad. Según la tesis convencional, la nulidad absoluta tendría efectos *ex tunc*, y la anulabilidad, *ex nunc* (...). Como se acaba de ver, lo único que diferencia la nulidad de pleno derecho de la anulabilidad es otorgar mayores o menores facilidades para ejercer la acción impugnatoria, pero, una vez que ésta se ha ejercido, el resultado práctico pretendido es el mismo en uno u otro caso: declarar formalmente la invalidez del acto para privarle, así, de su eficacia. El camino procesal que se haya perseguido para obtener esa declaración es ya indiferente; tuvo su importancia en el momento de ejercer la acción impugnatoria, pero ya no la tiene una vez que esa acción ha prosperado y se ha conseguido declarar formalmente la invalidez (...). De ahí que en principio, y sin perjuicio de las muchas excepciones que en la práctica puedan existir, la resolución que declare la invalidez de un acto jurídico (ya se califique como nulo o anulable) debería tener efectos retroactivos. Esta es la consecuencia que con carácter general exigiría el principio de legalidad, pues de otro modo se estarían conservando los efectos de un acto contrario a derecho, afirmación que no impide reconocer –tal como se ha adelantado– que la concurrencia de determinadas circunstancias pueda en ocasiones exigir la excepción a esta regla. Pero, fuera de estos excepcionales supuestos en los que los principios jurídicos puedan exigir limitar los efectos de la declaración de invalidez, la ineficacia del acto se debe referir tanto a los efectos pasados como futuros, pues son actos que nunca tuvieron valor para el derecho" (*Validez y eficacia de los actos administrativos*, Marcial Pons, Madrid, 1994, p. 62).

presumiblemente hubiera generado, dando lugar al restablecimiento jurídico de la situación anterior al dictado del acto, esto es, se debe restaurar el orden vigente anterior al acto (*in integrum restitutio*), salvo que una norma expresamente o un principio jurídico así lo indiquen o exijan¹⁸.

4 Invalidez material y mantenimiento de la obra declarada ilegal

La presunción de validez de las licencias, que permite la construcción de las obras aun cuando éstas contravengan materialmente el ordenamiento jurídico¹⁹, unida al considerable tiempo que transcurre desde que se interpone el primer recurso administrativo hasta la última sentencia que declara la licencia inválida, da lugar a que se produzca la transformación de la realidad mediante la ejecución de la obra o construcción materialmente ilegal²⁰.

En principio, con carácter general, declarada mediante sentencia la invalidez de una licencia por motivos sustantivos, ésta debe eliminarse del ordenamiento jurídico y, con ella, todos los efectos que aquélla hubiera generado, en nuestro caso la obra o la construcción, dando lugar al restablecimiento jurídico de la situación anterior al dictado de la licencia, esto es, se debe restaurar el orden vigente anterior al acto, lo que conlleva, en principio, la demolición.

En efecto, la demolición de lo construido es la consecuencia impuesta legalmente en el caso de anulación de una licencia concedida con infracción de la normativa urbanística.

Tal como indica la jurisprudencia, el fallo de la sentencia que declara inválida la licencia implica necesariamente una inicial actividad jurídica transformadora de los pronunciamientos jurídicos anulados, así como una consiguiente actividad material transformadora de la realidad sobre la

18 Son absolutamente acertadas las palabras de T. CANO CAMPOS cuando afirma: "Pues bien, como cabe ya imaginar, el principio (en sentido estricto y de tipo sustancial, derivado del de legalidad de la actuación administrativa) que prescribe que no se proteja jurídicamente el interés al mantenimiento de la situación creada por un acto inválido, tutelando, por el contrario, a quien pretenda la remoción de dicha situación, no opera en el vacío, sino que forma parte de un sistema jurídico compuesto por un entramado de principios (sustantivos e institucionales) con los cuales puede entrar en conflicto y ser derrotado. El método para resolver dicho conflicto es la *ponderación*, y su regla constitutiva es la siguiente: "cuanto mayor sea el grado de satisfacción o de afectación de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción de otro". Como consecuencia de esa ponderación (que consta de tres fases: identificación de los principios que entran en conflicto, atribución de peso o valor a cada uno de ellos y decisión de prevalencia conforme a la referida regla), esos otros principios pueden tener un mayor peso y, por consiguiente, acabar prevaleciendo en el caso concreto sobre el principio de no tutela de la situación creada por el acto inválido. Esto sirve para explicar de forma más convincente, entiendo, determinadas instituciones (como la convalidación de determinados actos o la existencia de plazos para recurrir los actos inválidos) y determinados supuestos en los que los actos inválidos se mantienen y siguen incluso produciendo sus efectos" ("La invalidez de los actos administrativos y sus consecuencias", cit., pp. 35-37).

19 Tal como indica M. REBOLLO PUIG, "La presunción de validez es la cualidad de los actos administrativos en cuya virtud existe el deber de actuar y decidir partiendo de la premisa de que los actos administrativos son válidos en tanto no se declare su nulidad o sean anulados. El deber nace, por tanto, del ordenamiento jurídico (del artículo 57.1 LAP en nuestro caso), no del acto, no de cada acto: la existencia de un acto administrativo no es más que el supuesto de hecho para que opere esa norma imperativa. Si la invalidez consiste en la negación de la fuerza jurídica como reacción ante su ilegalidad, la presunción que estudiamos significa que no cabe negar esa fuerza jurídica ni prescindir de ella mientras el acto no sea declarado nulo o no sea anulado" o, añadimos nosotros, no se suspenda como medida cautelar ("La presunción de validez", *Revista Española de Derecho Administrativo*, n.º 128, 2005, p. 5).

20 Sin duda alguna, tiene razón L. MÍGUEZ MACHO, cuando constata que: "El alcance general de la autotutela administrativa tiene profundas consecuencias para la tutela judicial frente a las actuaciones de la Administración sujetas al derecho administrativo. Implica que esa tutela llega *a posteriori*, cuando la Administración ha alterado de manera unilateral las situaciones jurídicas, gracias a la presunción de validez de la que se benefician los actos administrativos, y cuando puede haber modificado también la realidad fáctica, puesto que aquéllos son inmediatamente ejecutivos. En definitiva, no sólo se produce un desplazamiento generalizado de la carga de accionar al administrado, sino que el proceso se desarrolla mientras la actuación administrativa impugnada está produciendo todos sus efectos y transformando la realidad, incluso de manera 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).

que recayeron los pronunciamientos jurídicos de referencia²¹. Una sentencia de este tipo supone, pues, suprimir del ámbito jurídico el título que la licencia implicaba y, por otra parte, eliminar del ámbito material lo indebidamente construido al amparo de un título que ha devenido nulo²².

Ahora bien, tal como analizamos en el primer epígrafe de este artículo, mientras que el juicio de validez de la licencia es un juicio estático que tiene como objetivo analizar y realizar, muchos años después de dictarse la licencia, un simple contraste entre la licencia y el planeamiento en el momento en que se dio la licencia sin tener en cuenta las circunstancias acaecidas desde que se dicta la licencia hasta que, reiteramos, muchos años después se dicta la sentencia, sin embargo el juicio de ineficacia es un juicio dinámico que tiene como objetivo decidir a la vista de las circunstancias acaecidas durante la vida del acto y en atención a otros principios jurídicos dignos de protección, si deben pervivir todos o algunos de los efectos de la licencia inválida, esto es, la obra o sustituir la demolición por otro tipo de consecuencia jurídica.

Precisamente, la posibilidad de mantener la obra o la construcción materialmente ilegal realizada en virtud de una licencia inválida por la concurrencia de circunstancias que obliguen a su mantenimiento es una decisión que compete bien al legislador bien a los órganos jurisdiccionales mediante la aplicación de principios jurídicos tales como el principio de buena fe de los adquirentes, el principio de proporcionalidad y el principio de intangibilidad de la obra pública²³.

En definitiva, si bien, en principio, la demolición de lo ilegalmente construido es la consecuencia jurídica natural y primaria de una sentencia que declara inválida una licencia de construcción, sin embargo la existencia de determinadas circunstancias dignas de amparo jurídico pueden y deben dar lugar al mantenimiento de la obra²⁴.

4.1 Fase procesal del juicio de ineficacia

Una cuestión a resolver estriba en determinar en qué momento procesal se ha de llevar a cabo el juicio de ineficacia.

21 Tal como indica R. FERNÁNDEZ VALVERDE, “La amplitud en que se expresa el texto legal permite deducir, con absoluta claridad, que el contenido de la ejecución de la sentencia tiene una doble perspectiva, por cuanto, de una parte, el tribunal y la Administración han de llevar a cabo una determinada actividad jurídica, transformadora o eliminadora de los mandatos jurídicos a cuya anulación se ha procedido jurisdiccionalmente; y, de otra parte y como consecuencia de tal actividad, en determinadas ocasiones, será –además– preciso, con carácter complementario, llevar a cabo una actividad de índole material, y que surge como consecuencia del anterior pronunciamiento de nulidad y de la consiguiente actividad jurídica complementaria. En el ámbito urbanístico que nos ocupa, el ejemplo es bien visible: a la declaración jurídica de nulidad de una licencia le sigue, como complemento material, el derribo de lo indebidamente construido con fundamento en la licencia anulada” (“Urbanismo y ejecución de sentencias”, Sánchez Lamelas (coord.), *La ejecución de sentencias contencioso-administrativas*, Aranzadi, Cizur Menor, 2006, p. 83).

22 Cfr. la Sentencia de 29 de abril de 2009 del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5.ª) RJ 2009\5143.

23 Hacemos nuestras las palabras de T. CANO CAMPOS, cuando acertadamente indica: “Se olvida muy a menudo que el ordenamiento jurídico se tutela y actúa de los modos más variados, y que tales modos son precisamente aquellos que se consideran como más adecuados a las exigencias propias de cada situación concreta, formada por un haz de principios, bienes e intereses que pueden entrar en colisión. El propio derecho positivo demuestra que a veces el mejor modo de tutelar el orden jurídico es precisamente mediante el mantenimiento de la situación creada aunque ésta derive de un acto ilícito. A ello responden institutos como el de la prescripción, la caducidad, los plazos preclusivos en el proceso, etc.; y ahí reside, como señalara SAVIGNY, el verdadero fundamento de la protección posesoria” (“La invalidez de los actos administrativos y sus consecuencias”, cit., p. 20).

24 En el mismo sentido se pronuncia T. R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, cuando indica que “La demolición de lo indebidamente construido, que es el desenlace natural al que conduce la ejecución de una sentencia anulatoria de una licencia de construcción o de un proyecto de urbanización es algo muy duro, ciertamente, pero es obvio que se puede hacer y que en algunos casos se hace, como lo es también que en determinadas circunstancias ese desenlace puede ser legítimamente 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).

Desde nuestro punto de vista, en el proceso contencioso urbanístico si bien sería posible llevar a cabo el juicio de ineficacia conjuntamente con el de validez de forma que sea en la propia sentencia en la que se establezca la sustitución de los efectos o la modulación de las consecuencias jurídicas de la invalidez, lo cual redundaría en la economía procesal²⁵, consideramos que, dado que el juicio de eficacia necesariamente debe preceder al de validez, pues la invalidez es condición necesaria previa de la ineficacia, el momento procesal oportuno es en la ejecución de la sentencia mediante un incidente de ejecución en el que se ventilen de forma plena y contradictoria las cuestiones relativas a los efectos de la declaración de invalidez de la sentencia.

Nuestro legislador ha decidido que el momento adecuado para llevar a cabo el juicio de ineficacia es en la fase de ejecución de la sentencia, pues durante el plenario se debe llevar a cabo el juicio de validez, con el fin de constatar que, en el momento en que otorgó la licencia a la obra permitida, esta era contraria a la ley o al planeamiento urbanístico; una vez se declara que la licencia es contraria materialmente al ordenamiento jurídico, el siguiente paso es determinar si se eliminan los efectos de la licencia, es decir, si se procede a la demolición o si por el contrario se modulan o sustituyen por otras consecuencias jurídicas.

Entendemos que la razón por la cual la posibilidad de mantener la obra o la construcción materialmente ilegal se incardina en la fase de ejecución de la sentencia se debe a que la consecuencia jurídica mandatada por el ordenamiento jurídico en virtud de invalidez es, precisamente, la demolición. Por tanto, una vez realizado el juicio de invalidez y su consecuencia natural, que es la demolición, se deberá proceder a su ejecución; no obstante, ya en ejecución de sentencia, se podrá analizar y ponderar si, en virtud de la concurrencia de otros intereses y principios, se puede modular o sustituir la ejecución.

Ahora bien, si por el contrario el ordenamiento jurídico, esto es, el legislador, decidiese, por los motivos que estimare, que la consecuencia jurídica de una licencia materialmente contraria al planeamiento no es la demolición sino otra, como por ejemplo el mantenimiento de la obra pero con la obligación de indemnización, en este caso en la sentencia se debería declarar la invalidez de la licencia y su consecuencia jurídica, que sería el mantenimiento de la obra pero con la obligación de indemnización.

Por este motivo, indicamos que la decisión de en qué momento procesal y en atención a qué circunstancias concretas se puede mantener la obra materialmente ilegal es una decisión que compete, en principio, al legislador.

25 Este es el parecer de S. DEL SAZ CORDERO, cuando considera que “se han interpretado las facultades del juez en el recurso contencioso-administrativo, cuya estimación, de acuerdo con lo establecido en los artículos 71.1.a) y 31.1 LJCA, debe conllevar la declaración de su no conformidad a derecho y, en su caso, la anulación total o parcial de la disposición o acto recurrido. La expresión «en su caso», que ya figuraba en la Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa de 1956, común para actos y disposiciones generales, permite llegar a la concepción hasta ahora expuesta: la anulación es la consecuencia necesaria de la constatación de la ilegalidad invalidante no subsanada, o insusceptible de subsanación, en que habría incurrido el acto o disposición recurrida.

Pero también puede ser interpretada en otro sentido: el juez puede optar por otras soluciones que no pasen necesariamente por la anulación de la norma o del acto impugnado, valorando no la situación de la que se partía *ab initio*, sino de la que existe en el momento de poner la sentencia. Incluso en el caso de que se hubiera solicitado el restablecimiento del derecho o interés, valorando en fase de sentencia, y no posteriormente en ejecución, la necesidad de sustituir la anulación por la compensación económica del derecho vulnerado. Esto es lo que conviene repensar” (“¿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 (Ejemplar dedicado a: Homenaje a Demetrio Loperena y Ramón Martín Mateo, pp. 1142-1143)).

5 La potestad de modular la ejecución de una sentencia

5.1 La inejecución de sentencias desde 1888 hasta 1998

La posibilidad de mantener la obra o la construcción materialmente ilegal realizada al amparo de una licencia inválida en virtud de la concurrencia de circunstancias que obliguen a su mantenimiento o, lo que es lo mismo, la posibilidad de no ejecutar o modular la ejecución de la consecuencia impuesta legalmente en el caso de anulación de una licencia, es decir, la demolición, es una posibilidad que, lejos de ser excepcional, se reconoce y se ha reconocido desde los inicios de la jurisdicción contencioso-administrativa²⁶. Dicho reconocimiento normativo a lo largo de la historia no es sino la constatación de que el mantenimiento de la obra ilegal es en numerosas ocasiones la mejor forma de tutelar el ordenamiento jurídico y de ponderar los intereses en conflicto.

En efecto, la Ley de 13 de septiembre de 1888 de Santamaría de Paredes, la cual creó por primera vez en España una verdadera jurisdicción contencioso-administrativa, estableció la posibilidad de que la Administración acordara la suspensión o el aplazamiento del cumplimiento de una sentencia, fundándose en motivos de interés público. En concreto, el artículo 84 de la ley indicaba que, cuando por razones de interés público, la Administración estimare necesaria y acordase la suspensión del cumplimiento de la sentencia, lo haría saber al tribunal, comunicándole la resolución y sus motivos, y el tribunal, en ese caso, declararía la indemnización que correspondiera al particular por el aplazamiento²⁷.

Posteriormente, por Real decreto de 22 de junio de 1894 (dictado por virtud de la habilitación contenida en el artículo 30 de la Ley de presupuestos de 30 de junio de 1892), se reforma el artículo 84 de la Ley Santamaría Paredes²⁸ y se introduce la posibilidad no sólo de suspender la ejecución del fallo de la sentencia, sino de declarar la inejecución de la misma bien por razones de interés público o bien por haberse hecho imposible material o legalmente el cumplimiento de lo mandado²⁹.

En concreto, la nueva redacción del artículo 84, en su párrafo 4, disponía que:

“Comunicadas las sentencias del Tribunal de lo Contencioso al ministerio que corresponda, examinará éste, en los casos dudosos, si por razones de interés público debe suspenderse temporalmente la ejecución de aquéllas, o si por las propias razones de interés público o

26 Un análisis exhaustivo de la evolución de la ejecución de las sentencias en el contencioso-administrativo lo realiza BETANCOR RODRÍGUEZ, A., “La evolución histórico-normativa de la ejecución de sentencias contencioso-administrativas (1845-1956)”, *Documentación Administrativa*, n.º 209, 1987, pp. 199-220. Sin duda alguna, coincidimos con el autor cuando indica la necesidad de realizar un análisis histórico de una institución para poder comprender y emprender un examen crítico del estado actual de ésta.

27 El artículo 84 de la Ley de 13 de septiembre de 1888 de Santamaría de Paredes establecía que: “El ministro o la autoridad administrativa a quien corresponda deberá acusar el recibo de la sentencia en el término de tres días, y dar en él de un mes cuenta de su cumplimiento. Cuando por razones de interés público la Administración estimare necesaria y acordase la suspensión del cumplimiento de la sentencia, lo hará saber al tribunal, comunicándole la resolución y sus motivos, y el tribunal declarará la indemnización que corresponda al particular por el aplazamiento. En todo caso de suspensión, el Gobierno dará cuenta a las Cortes, dentro del primer mes de estar abiertas o constituidas, de la suspensión y de sus fundamentos”.

28 Un análisis de las razones del cambio normativo puede 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, siguiendo a R. GÓMEZ-FERRER RINCÓN, y tal como se desprende de la exposición del proyecto elaborado por la Comisión encargada de la reforma de la Ley 1988, la Comisión definió lo que debía entenderse por imposibilidad material y legal. Así, existía imposibilidad material cuando la cosa o derecho al que se refería la sentencia hubiera dejado de existir; del mismo modo, existía imposibilidad legal cuando se promulgaba una ley que prohibía o impedía la ejecución de lo mandado (*La imposibilidad de ejecución de sentencias en el proceso contencioso-administrativo*, cit., p. 213).

por haberse hecho imposible material o legalmente el cumplimiento de lo mandado fuere necesario acordar la no ejecución de las sentencias”.

Como se puede comprobar, el precepto realizaba ya en aquel entonces una diferencia entre, de un lado, inexecución de sentencias por razones de interés público y, de otro, inexecución de sentencias por imposibilidad material o legal³⁰.

Posteriormente, mediante la Ley Maura de 5 de abril de 1904, se produce una nueva modificación de la Ley 1988 que introduce cambios importantes en la inexecución de las sentencias. Así, en el nuevo artículo 84 se reducen los motivos de interés general en virtud de los cuales la Administración podía acordar la suspensión o no ejecución de una sentencia estableciendo una lista de motivos tasados. En concreto, el Consejo de Ministros sólo podía acordar, «con carácter extraordinario», la suspensión total o parcial o inexecución, igualmente total o parcial, de la sentencia, fundándose en una de las cuatro causas enunciadas en la ley: 1) Peligro de trastorno grave de orden público. 2) Temor fundado de guerra con otras potencias, si hubiere de cumplirse la sentencia. 3) Quebranto de la integridad del territorio nacional. 4) Detrimento grave de la hacienda pública, en ambos casos con indemnización. Del mismo modo y por lo que respecta a la imposibilidad legal y material, se indicaba que no se podía declarar inexecutable una sentencia por causas de imposibilidad material o legal de ejecutarla pero que si el caso se presentaba, en la ejecución de la sentencia se determinaría la forma de remover las dificultades que se presentasen y, en caso de que fueran irreductibles, se fijaría la indemnización correspondiente.

Pues bien, en líneas generales el contenido regulatorio de la ejecución de sentencias de la Ley Maura se traslada a la Ley de 27 de diciembre de 1956, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa, estableciéndose la posibilidad de inexecución por motivos tasados y fijándose una regulación parca de la inexecución por imposibilidad material y legal³¹.

30 La diferencia entre inexecución de sentencias por razones de interés público y, de otro, inexecución de sentencias por imposibilidad material o legal era sustantiva, y ello porque mientras que en la primera la sentencia se podía ejecutar pero, si por motivos de interés general no se cumplía lo mandado en ella, conllevaba indemnización, por el contrario, la inexecución por imposibilidad material o legal suponía la imposibilidad de cumplimiento por causas ajenas a una voluntad política discrecional y por ello no llevaba aparejada indemnización. Así, de conformidad con los párrafos 7 y 8 del artículo 84: “Cuando no haya posibilidad de cumplir la sentencia, el gobierno lo declarará así, en resolución motivada de que dará cuenta a las Cortes en el primer mes de estar éstas abiertas o constituidas.

Lo mismo se hará cuando, pudiendo cumplirse la sentencia, estime el gobierno, por razones de interés público, que no debe llevarse a efecto su ejecución. En este caso, el ministro a quien corresponda deberá someter a las Cortes, dentro de los dos meses siguientes al día en que les dé cuenta de su acuerdo, y previa audiencia del Consejo de Estado en pleno, un proyecto de ley que determine la indemnización que haya de concederse en equivalencia del derecho declarado por la sentencia o la manera de atender en otra forma a la eficacia de lo resuelto por ésta”.

31 En concreto, la regulación de la suspensión de inexecución por interés público e inexecución por imposibilidad legal se realizaba en los artículos 105 a 107 de la ley. En concreto y conforme a éstos:

“Artículo 105.

1. El órgano a quien corresponda acusará recibo de la sentencia en el plazo de diez días, y en el de dos meses contados desde que reciba aquélla adoptará necesariamente una de estas tres resoluciones:

a. Ejecución del fallo, tomando a la vez las medidas necesarias al efecto.

b. Suspensión del cumplimiento total o parcial del fallo por el plazo que se marque.

c. Inejecución en absoluto, total o parcial, del mismo fallo.

2. La suspensión o inejecución a que se refieren los dos últimos casos del párrafo anterior sólo podrá ser decretada por el Consejo de Ministros, con carácter extraordinario, fundándose en alguna de las causas siguientes:

1. Peligro de trastorno grave del orden público.

2. Temor fundado de guerra con otra potencia, si hubiera de cumplirse la sentencia.

3. Quebranto en la integridad del territorio nacional.

4. Detrimento grave de la hacienda pública.

3. No podrá acordarse la inejecución o suspensión fundándose en la causa 4) cuando el fallo condenare a la Administración al pago de cantidad, pero en tal supuesto, si estimase que el cumplimiento de la sentencia, en sus propios términos, habría de producir trastorno grave a la hacienda pública, podrá el Consejo de Ministros, previo dictamen del Consejo de Estado, fijar la modalidad de pago que dé cumplimiento al fallo en la forma que sea menos gravosa para el tesoro público, lo que pondrá en conocimiento del tribunal por medio de la Abogacía del Estado para que, oídas las partes, resuelva en definitiva sobre el modo de ejecutar la sentencia.

Ahora bien, en materia urbanística fue la Ley de 12 de mayo de 1956 sobre régimen del suelo y ordenación urbana la que estableció un supuesto genérico de inexecución de sentencia cuando razones de interés general abogaran por el mantenimiento de la obra o construcción.

En concreto, el artículo 228 de la ley establecía que:

“1. Si en virtud de sentencia se hubiere de desistir de la construcción o destruir alguna obra de urbanización, el juzgado o tribunal al que compete ejecutar el fallo lo comunicará a la Comisión Provincial de Urbanismo para que en el plazo de dos meses notifique al órgano jurisdiccional si, por motivos de interés público, se impone seguir o conservar la obra, y si no lo hiciere, se entenderá que nada obsta a la ejecución.

2. Si dispusiere la prosecución o conservación de la obra, el juzgado o tribunal fijará la indemnización que el condenado deba abonar al perjudicado, en la forma dispuesta por los artículos novecientos veinticuatro y siguientes de la Ley de enjuiciamiento civil o noventa y dos de la Ley de lo contencioso-administrativo, según el fallo hubiere sido dictado por la jurisdicción ordinaria o la contencioso-administrativa”. Pues bien, el estudio jurisprudencial de los supuestos en los que, una vez declarada la invalidez de una licencia urbanística, de la que, consecuentemente, derivaba la demolición de una determinada obra, y en los que, acto seguido, se invoca y aplica el artículo 228 para justificar la necesidad de conservar la misma en contra de lo decidido inicialmente por el tribunal revela que la toma de esta decisión se ha basado en las siguientes circunstancias: la adquisición por terceros de buena fe; la necesidad de garantizar la vivienda; la necesidad de garantizar un servicio público; la necesidad de evitar destrucción de riqueza; y el principio de proporcionalidad³².

De la normativa expuesta se evidencia que la posibilidad de mantener la obra o la construcción materialmente ilegal realizada al amparo de una licencia inválida en virtud de la concurrencia de circunstancias que obliguen a su mantenimiento ha sido algo absolutamente natural en nuestro ordenamiento jurídico.

Del mismo modo, es fundamental manifestar que el hecho de que el legislador establezca la posibilidad de modular o no ejecutar una sentencia por razones de interés público ha sido validado por el Tribunal Constitucional precisamente mediante el análisis del artículo 228 de la Ley de 12 de mayo de 1956 sobre régimen del suelo y ordenación urbana.

Así, tal como declara la Sentencia del TC núm. 67/1984, de 7 de junio (RTC 1984\67)³³:

4. Si el cumplimiento del fallo implicare fraccionamiento o aplazamiento, llevará aparejada la obligación de abonar el interés de demora al tipo legal.

5. No podrán suspenderse ni dejar de ejecutarse las sentencias confirmatorias de actos o disposiciones de la Administración, salvo las dictadas sobre recursos interpuestos por la misma contra sus actos declarados lesivos.

6. Si dentro del plazo de dos meses a que se refiere el párrafo 2 no se adoptare alguna de las medidas en él consignadas, sin perjuicio de la responsabilidad a que esto dé lugar, se ejecutará la sentencia en la forma y término que en el fallo se consignen, bajo la personal y directa responsabilidad de los agentes de la Administración.

Artículo 107.

No podrá suspenderse ni declararse inejecutable una sentencia por causas de imposibilidad material o legal de ejecutarla, y si este caso se presentare, será sometido por la Administración, por medio del Abogado del Estado, al tribunal respectivo, dentro del referido plazo de dos meses, a fin de que, con audiencia de las partes, se acuerde la forma de llevar a efecto el fallo”.

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

33 En el mismo sentido se pronuncia la Sentencia del TC 109/1984, de 26 de noviembre de 1984, cuando indica: “C) El derecho a la tutela judicial no alcanza a cubrir las diferentes modalidades que puede revestir la ejecución de la sentencia, pues –como dijo ya la Sentencia del Tribunal 58/1983, de 29 de junio, *Boletín Oficial del Estado* de 15 de julio, fundamento jurídico 2– tan constitucional es una ejecución en la que se cumple el principio de identidad total entre lo ejecutado y lo estatuido en el fallo como una ejecución en la que, por razones atendibles, la condena es sustituida por su equivalente pecuniario o por otro tipo de prestación. D) De acuerdo con lo anterior, el legislador puede establecer, sin afectar al contenido esencial del derecho, los supuestos en que

“A partir de estos momentos de juicio, la determinación de si las resoluciones impugnadas vulneran el artículo 24.1 de la Constitución exige efectuar las siguientes consideraciones:

A) El derecho a la tutela judicial efectiva no alcanza a cubrir las diferentes modalidades que puede revestir la ejecución de la sentencia, pues –como dijo ya la sentencia del Tribunal 58/1983, de junio, fundamento jurídico 2, Boletín oficial del Estado de 15 de julio (RTC 1983/58)– tan constitucional es una ejecución en la que se cumple el principio de la identidad total entre lo ejecutado y lo estatuido en el fallo como una ejecución en la que, por razones atendibles, la condena es sustituida por su equivalente pecuniario o por otro tipo de prestación.

B) De acuerdo con lo anterior, el legislador puede establecer, sin afectar al contenido esencial del derecho, los supuestos en que puede no aplicarse el principio de identidad y sustituirse por una indemnización.

C) En esta línea de razonamiento, puede afirmarse, con carácter general, que la aplicación del artículo 228 de la Ley del suelo como medida procedente para la ejecución de la sentencia no es opuesta al derecho fundamental del artículo 24.1 de la Constitución, máxime teniendo en cuenta que el derecho a la ejecución de la sentencia en la forma establecida por la ley es un derecho que afecta a cuantos han sido parte en la litis”.

5.2 La inexecución de sentencias a partir de la Ley del suelo de 1975 y de la Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa de 1998

Tras la derogación de la Ley de 12 de mayo de 1956 sobre régimen del suelo y, por tanto, la supresión del artículo 228 por parte de la Ley 19/1975, de 2 de mayo, de reforma de la Ley sobre régimen del suelo, y con la aprobación de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa –que, como su predecesora, no recoge ninguna norma que permita llevar a cabo un juicio de ineficacia, en ejecución de sentencia, por motivos de interés público³⁴–, se suprime la existencia de una norma que habilite a valorar y ponderar mantener la obra o la construcción materialmente ilegal realizada al amparo de una licencia inválida en virtud de la concurrencia de circunstancias y principios que obliguen a su mantenimiento.

Sin embargo, a pesar de la ausencia de una norma que habilitara, por razones de interés público, a los órganos jurisdiccionales a modular o ponderar ejecutar y llevar a efecto la consecuencia jurídica implícita en la declaración de invalidez de una licencia por motivos sustantivos, esto es, la demolición, la jurisprudencia llevada por la inercia de la normativa y la jurisprudencia anterior al cambio legal y conscientes de la necesidad de aplicar y modular los efectos de la invalidez de las licencias y, en consecuencia, mantener las obras cuando las circunstancias y principios jurídicos concretos lo exigieran comenzaron a proteger los intereses públicos que habían dado lugar a la aplicación del artículo 228 de la Ley del suelo de 1956 a través de la imposibilidad de ejecución³⁵.

puede no aplicarse el principio de identidad y sustituirse por una indemnización. Y, en esta línea de razonamiento, puede afirmarse, con carácter general, que la aplicación del artículo 228 de la Ley del suelo, como medida procedente para la ejecución de la sentencia, no es opuesta al derecho fundamental del artículo 24.1 de la Constitución, máxime teniendo en cuenta que el derecho a la ejecución de la sentencia en la forma establecida en las leyes es un derecho que afecta a cuantos han sido parte en la litis (Sentencia 67/1984, de 7 de junio, *Boletín Oficial del Estado* de 11 de julio, fundamento jurídico 4).

34 En concreto, la LJCA suprime la posibilidad de inexecutar las sentencias por razones tasadas de interés público, pero establece, por las mismas causas, en el artículo 105 la posibilidad de expropiar los derechos reconocidos en la sentencia. Ahora bien, las causas de expropiación son tan extravagantes que en la práctica dicha posibilidad es inexistente.

35 Tal como expresa R. GÓMEZ-FERRER RINCÓN, “La protección que se venía realizando de determinados intereses públicos a través del artículo 228 de la Ley del suelo de 1956 se mantuvo, no ya en aplicación de dicho precepto, que no era posible, sino reconduciéndola a la

Así, por ejemplo, a pesar de la dificultad de incardinar en supuestos de imposibilidad material la presencia de terceros adquirentes de buena fe³⁶, del principio de proporcionalidad³⁷ y de intangibilidad de la obra pública³⁸, la jurisprudencia acudió a ellos con el fin de evitar la demolición en supuestos que circunstancias y principios jurídicos aconsejaban que no se produjera.

Sin embargo, en los últimos años, el Tribunal Supremo, debido al urbanismo salvaje y a la inejecución generalizada de las sentencias urbanísticas y al mantenimiento de la gran mayoría de construcciones ilegales, ya fuera por la inactividad de la propia Administración a la hora de ejecutar o por su legalización posterior mediante cambios en el planeamiento urbanístico, ha reaccionado de forma contundente adoptando una interpretación muy restrictiva de las excepciones de imposibilidad material y legal de ejecución de estas sentencias³⁹.

Por tanto, en el momento actual, la posición jurisprudencial mayoritaria es que, declarada la invalidez de la licencia por razones sustantivas, procede la demolición, no siendo posible la declaración de imposibilidad legal o material de ejecución, aun afectando la demolición a partes de la edificación que sí son legales⁴⁰ y, en consecuencia, siendo desproporcional la demolición, aun tratándose de obras públicas⁴¹ y aun existiendo de terceros buena fe⁴².

imposibilidad de ejecución" (*La imposibilidad de ejecución de sentencias en el proceso contencioso-administrativo*, cit., p. 247).

36 Cfr. el Auto de 30 de enero de 1996 del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5.ª), RJ 1996\690; Sentencia de 24 mayo de 2007 del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5.ª), RJ 2007\8358.

37 Cfr. la Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de julio de 2001.

38 Cfr. las Sentencias del Tribunal Supremo de 4 de marzo de 2000 y 27 de enero de 2001.

39 Cfr. REVUELTA PÉREZ, I., y 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 constitucionales y judiciales del ciudadano), p. 988. Del mismo modo, 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 Exponente de la restricción es la STS de 12 de mayo de 2006 en la que se indica: "aunque la sentencia de cuya ejecución se trate haya ordenado tan solo el derribo de una parte de la edificación –por ser esa parte y no el todo la que contraviene las normas jurídicas infringidas por la licencia a cuyo amparo se levantó–, ello no impide que en ejecución de sentencia pueda optarse por una solución que imponga el derribo total y permita, tras él, levantar la nueva construcción ya acomodada en su totalidad a esas normas. Al contrario, (1) si el derribo total es la solución técnicamente necesaria o técnicamente más conveniente para restablecer la legalidad urbanística que la sentencia ordena, por no ser posible o no ser aconsejable el mero derribo parcial, y (2) si el derribo total no conlleva una carga de todo punto desproporcionada, bien en comparación con el beneficio inherente al derecho que la sentencia tutela, bien por comparación entre lo ilegalmente construido y lo que se acomoda a la legalidad, esa solución –la del derribo total– no supone contradecir los términos del fallo que se ejecuta, ni la necesidad o conveniencia técnica de ella obliga a apreciar la concurrencia de una causa de imposibilidad material de ejecutar dicho fallo. Es así porque el derribo total no es entonces más que el cauce técnico necesario o conveniente para dar estricto y cabal cumplimiento a lo que la sentencia ordena; como tal cauce técnico, que además no comporte una carga desproporcionada, la imposición del derribo total ni altera la *ratio decidendi* de la sentencia, ni el fallo de ésta, ni incorpora una solución que pueda entenderse no querida por el ordenamiento jurídico. Es así, también, porque una conclusión distinta a la que afirmamos alentaría las conductas fraudulentas y entorpecería la finalidad última de que los actos de edificación y uso del suelo se acomoden a la legalidad urbanística. Y es así, en fin, porque la conclusión distinta favorecería sin razón bastante la posición del infractor y menoscabaría sin justificación el derecho a la tutela judicial efectiva, que demanda como regla general una ejecución *in natura* y que no tolera –o no debe tolerar por no existir una razón atendible– que en una situación caracterizada por las circunstancias indicadas en (1) y (2) pueda optarse por una ejecución por equivalencia.

41 Cfr. la Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de mayo de 2014, en la que se indica que: "ninguna razón existe para excluir de la demolición una obra cuya licencia fue jurisdiccionalmente declarada ilegal por el hecho de que el uso asignado a dicha edificación ilegal sea albergar un archivo, museo o biblioteca de titularidad estatal, ya que la protección conferida a estos por la citada Ley de Patrimonio Histórico Español presupone que la construcción o edificación, que lógicamente es previa o anterior a su uso, sea conforme al ordenamiento jurídico, de manera que no es sostenible, como opinan los recurrentes, que, una vez que se haya instalado el uso protegido (archivo, museo o biblioteca), el edificio resulta legalizado y, por ello, la demolición consiguiente a la ejecución de la sentencia que declaró ilegal la licencia de obra se haya de sustituir por una indemnización en favor de quien ejerció la acción tendente a la protección de la legalidad urbanística".

42 Cfr. entre muchas otras la Sentencia de 6 de febrero de 2007 del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5.ª) e, igualmente, la Sentencia de 26 de septiembre de 2006 del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5.ª), RJ 2006\6665.

Frente a dicha jurisprudencia, absolutamente restrictiva en la interpretación de los artículos que regulan la imposibilidad de ejecución legal y material y que tiene como consecuencia el hecho de que determinadas obras y construcciones se tengan que demoler aun existiendo circunstancias y principios que pudieran avalar, mediante su ponderación, el mantenimiento de la obra, se ha alzado parte de la doctrina reclamando bien una interpretación más flexible de la normativa de ejecución contencioso-administrativa en virtud de la existencia de valores constitucionales que permiten su modulación⁴³, bien la introducción de preceptos que introduzcan, al igual que el antiguo artículo 228 de la Ley del suelo de 1956, una cláusula general que permita al órgano jurisdiccional la valoración y aplicación de las circunstancias concurrentes⁴⁴.

Así, para GONZÁLEZ PÉREZ, dado que existen circunstancias que pueden dar lugar a que se cuestione la vigencia de la eficacia ejecutiva de la sentencia, esto es, circunstancias acaecidas con posterioridad al momento temporal en que se dicta el acto y que pueden abogar y justificar el mantenimiento de la situación de hecho creada por el acto inválido, no estaría de más que, aparte de establecer normas específicas en cuanto sea posible, se incluya en el capítulo dedicado a la regulación de la ejecución de las sentencias una fórmula general análoga a la que la LRJPC contiene sobre los límites de la revisión en su artículo 106, referida a los límites de la ejecución y previniendo la indemnización en forma análoga a como se regula en los supuestos de imposibilidad material o legal de ejecución⁴⁵.

El hecho de que en la actualidad no exista una norma que de forma general permita, a la hora de decidir si se debe demoler una obra por ser ilegal la licencia que la amparó, atender a las circunstancias acaecidas desde que se dicta el acto hasta que éste es declarado inválido y ponderar la posible existencia de principios, muchos de ellos constitucionalizados, como el derecho a disfrutar de una vivienda digna, evitar la destrucción de riqueza o la protección del dominio público, está generando situaciones claramente injustas como la demolición de obras públicas, la demolición de viviendas adquiridas por terceros de buena fe, o la demolición de obras que generan empleo y riqueza.

Sin duda alguna, la aplicación rígida y automática de un esquema tópico de consecuencias y efectos, esto es, invalidez y demolición que no admita matizaciones o derogaciones parciales

43 Esta es la propuesta de R. GÓMEZ-FERRER RINCÓN, para quien hasta que se apruebe una norma que permita proteger los bienes y valores constitucionales frente a la incidencia que sobre ellos pudiera derivar de la ejecución de una sentencia, *la imposibilidad legal de ejecución debe ser interpretada de conformidad con la Constitución, de modo tal que se podrá entender que estamos en presencia de una imposibilidad legal de ejecutar una sentencia no solo cuando la actuación que deba realizar la Administración en cumplimiento de la sentencia sea contraria a una ley o a un reglamento o, eventualmente, a una costumbre o a un principio general del derecho, sino también cuando vulnere un determinado bien o valor constitucional cuya protección, en dicho caso concreto, y de acuerdo con el correspondiente juicio de proporcionalidad, deba primar frente al derecho a la ejecución de sentencia*. Para el autor, la imposibilidad legal de ejecución adquiere así una nueva dimensión porque ya no es una técnica destinada a proteger solo el principio de legalidad, sino también cualquier otro bien o valor constitucionalmente protegido frente a la ejecución de una sentencia firme que incida sobre ellos (*La imposibilidad de ejecución de sentencias en el proceso contencioso-administrativo*, cit., p. 295).

44 Siempre claro y contundente se expresa T. R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, cuando aboga por recuperar, corrigiéndolo, el viejo artículo 228 de la Ley del suelo de 1956 de forma que el juez o tribunal de la ejecución pudiera dirigirse a la Administración para que manifestara si, por razones de interés público debidamente justificadas, considera procedente seguir o conservar las obras, dando traslado a las partes para la manifestación correspondiente y, a la vista de todo ello, el juez o tribunal resolvería finalmente lo que considerase oportuno. Con ello, prosigue el autor, nos ahorraríamos el espectáculo vergonzante de unas sentencias muy rigurosas que, sin embargo, se quedan en una suerte de limbo, pues no se ejecutan, ni se puede declarar formalmente que su ejecución es legalmente imposible porque no se dan los requisitos que la jurisprudencia dominante considera imprescindibles para formular dicha 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*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de A Coruña, A Coruña, 1998, p. 133.

por la entrada en juego de otros principios jurídicos da lugar a un sistema que no permite la búsqueda de la solución justa, en la tarea de administrar la justicia.

Desde nuestro punto de vista, por tanto, es absolutamente necesario que se apruebe una norma que, con carácter general y por razones de interés público, permita a los órganos jurisdiccionales, a petición de las partes, realizar, una vez que el acto ha sido declarado inválido, en nuestro caso, una vez que la licencia ha sido inválida por ser materialmente ilegal la obra, un juicio de ineficacia que tenga como objetivo decidir a la vista de las circunstancias acaecidas durante la vida del acto y en atención a otros principios jurídicos dignos de protección, si deben pervivir todos o algunos de los efectos de la licencia inválida, esto es, si debe sustituir la demolición por otro tipo de consecuencia jurídica⁴⁶.

Pues bien, es precisamente en este contexto de ausencia normativa de una cláusula general que permita ponderar el interés público en la ejecución de sentencias evitando situaciones socialmente injustas, de interpretación restrictiva por parte de la jurisprudencia del Tribunal Supremo de los supuestos de imposibilidad legal o material y de necesidad de establecer normas que permitan al órgano jurisdiccional realizar un juicio de ineficacia teniendo en cuenta las circunstancias acaecidas desde que nace el acto hasta que éste es declarado nulo, ponderando los efectos de la nulidad con otros principios jurídicos dignos de protección, en los que se incardina la reforma del artículo 108 de la LJCA y la suspensión o condicionamiento de la ejecución de sentencia que declara la invalidez de una licencia y la consiguiente demolición en supuestos adquirentes terceros de buena fe.

6 Licencias inválidas, terceros adquirentes de buena fe y demolición. A propósito de la reforma del artículo 108 de la LJCA

6.1 El origen del problema y la jurisprudencia del Tribunal Supremo en relación con los terceros adquirentes de buena fe

En aquellos supuestos en los que una sentencia ha declarado la invalidez de una licencia por haber amparado una obra materialmente ilegal, con la consecuencia de su demolición, los adquirentes de dichas construcciones han aducido, con el fin de evitar la demolición, que la adquisición de dicha construcción se ha realizado previa consulta con el registro de la propiedad, registro en el que no constaba anotación preventiva de demanda en torno a la ilegalidad de la licencia y de la obra, razón por la cual consideran que se encuentran amparados por la fe pública registral de los artículos 34 y 32 de la LH⁴⁷ y razón por la cual instan un incidente de ejecución de sentencia por imposibilidad de ejecución.

46 En este sentido, es preciso indicar, con el fin de evitar suspicacias, que el control del juicio de ineficacia va a recaer no en la Administración, como sucedía en relación con el antiguo artículo 228, en que era la Administración la que con discrecionalidad decidía los supuestos en que existía un interés público en la inexecución, sino, a petición de las partes, en el órgano jurisdiccional, el cual posee el monopolio de la potestad de ejecutar las sentencias.

47 En este sentido, tal como manifiesta V. GUILARTE GUTIÉRREZ, "El principio de fe pública, en su formulación más sencilla, supone la seguridad de la propiedad inscrita que de esta manera, al margen de otras ventajas, no va a poder ser reivindicada con éxito por un tercero que

Sin duda alguna, la incidencia que el derecho tiene sobre el derecho de propiedad y las transformaciones materiales y jurídicas que la ejecución urbanística genera en la propiedad obligan, por razones de seguridad jurídica y del tráfico inmobiliario, a coordinar los actos administrativos urbanísticos con el Registro de la Propiedad y a garantizar la constancia de las actuaciones urbanísticas que tienen o pueden tener eficacia real en el Registro de la Propiedad.

En este sentido, el Real decreto 1.093/1997, de 4 de julio, por el que se aprueban las normas complementarias al Reglamento para la ejecución de la Ley hipotecaria sobre inscripción en el Registro de la Propiedad de actos de naturaleza urbanística, regula la inscripción de la obra nueva, para lo cual es necesario la aportación de la licencia⁴⁸, así como la anotación preventiva de demanda contra las licencias urbanísticas⁴⁹.

Entienden los propietarios, apoyados por un importante sector de la doctrina, que en los casos en que no conste inscrita la interposición de recurso contencioso-administrativo, debería, en principio, poder oponerse la tutela registral y ello en la medida en que un acto administrativo como es la licencia, inscrito en el Registro de la Propiedad, ha acreditado la adecuación de la edificación al ordenamiento urbanístico y el cumplimiento de los deberes y cargas urbanísticas sin que, por otro lado, se haya advertido al adquirente, pudiendo haberlo hecho, que dicha licencia ha sido impugnada⁵⁰.

Pues bien, para el Tribunal Supremo, sin embargo, el artículo 34 de la LH y la ausencia de inscripción de la anotación preventiva no evita la demolición y no protege a los terceros adquirentes en supuestos de invalidez de la licencia que amparó la obra ilegal y ello porque considera que el artículo 34 de la Ley hipotecaria “protege el derecho real, que pervive aunque después se anule o resuelva el del otorgante o transmitente, pero no protege la pervivencia

la haya adquirido conforme a las reglas de derecho común –en España el título y el modo– ni puede ser gravada con cargas de origen negocial que no haya podido conocer el adquirente. En su formulación extrema, hacia la que creo que debe tenderse, supone que incluso las cargas legales han de tener acceso al registro para poder ser oponibles: la complejidad de nuestros sistemas jurídicos hace que, en definitiva, principios clásicos con el constituido por el aforismo *neminem licet ignorare ius* deban reconducirse para evitar lo que SAVATIER calificó como angustia del derecho, pues, sin duda, el conocimiento de cuáles sean las crípticas limitaciones legales que afectan a la propiedad inscrita, especialmente en el ámbito urbanístico, resulta enormemente complejo, lo que, en aras de la seguridad jurídica, propicia que deba tenderse a su reflejo registral” (*La legalidad urbanística, demolición y terceros de buena fe*, Lex Nova, Valladolid, 2011, p. 33).

48 El artículo 45 del Real decreto 1.093/1997, que regula la inscripción de obras nuevas, establece que: “*Los edificios o mejoras de éstos que por accesión se incorporan a la finca, cuando se ejecuten conforme a la ordenación urbanística aplicable, serán inscribibles en el Registro de la Propiedad en virtud de los títulos previstos por la legislación hipotecaria. A tal efecto, deberá constar en ellos, al menos, el número de plantas, la superficie de parcela ocupada, el total de los metros cuadrados edificadas, y, si en el proyecto aprobado se especifica, el número de viviendas, apartamentos, estudios, despachos, oficinas o cualquier otro elemento que pudieran seguirse de aprovechamiento independiente*”. Del mismo modo, el artículo 46 apartado 1, que fija los requisitos para la inscripción del título, establece que: “*Para inscribir los títulos comprendidos en el artículo anterior, será necesario el cumplimiento de los siguientes requisitos: 1. Que se acredite la obtención de la licencia que corresponda, salvo que legalmente no fuere exigible (...)*”.

49 El artículo 67 del Real decreto 1.093/1997, que regula la anotación preventiva por interposición de recurso contencioso-administrativo, indica que: “*El que promoviere recurso contencioso-administrativo contra los actos de la Administración pública que tengan por objeto la aprobación definitiva de los planes de ordenación, de sus instrumentos de ejecución o de licencias podrá solicitar, con el escrito de interposición o después, si existiere justificación suficiente, que se tome anotación preventiva sobre fincas concretas y determinadas que resulten afectadas por el acto impugnado, ofreciendo indemnización por los perjuicios que pudieran seguirse en caso de ser desestimado el recurso, de tal forma que la falta de la caución que, en su caso, exija el tribunal para evitar daños al titular de la finca o derecho anotado impedirá la práctica de la anotación*”. Igualmente, el artículo 68 indica que: “*La solicitud de la anotación, acompañada de certificación registral de dominio y cargas, se substanciará por los trámites establecidos en la Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa. Será requisito para la práctica del asiento haber oído, en todo caso, al titular registral de la finca y a los que según la certificación sean titulares de derechos y cargas que consten en ésta, así como la prestación de la caución a que se refiere el artículo anterior*”.

El problema o la razón por la cual no se inscriben dichas anotaciones preventivas cuando existe una demanda frente a la licencia es que dicha anotación es voluntaria y, además, se exige una caución, lo cual da lugar a la falta de interés para su inscripción, lo que perjudica que los terceros puedan tener conocimiento.

50 Cfr. REVUELTA PÉREZ, I., y 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.

de la cosa objeto del derecho cuando ésta, la cosa, ha de desaparecer por imponerlo así el ordenamiento jurídico”⁵¹.

Del mismo modo consideran que, dado que la licencia urbanística es una autorización real, “frente a los deberes derivados del incumplimiento de la legalidad urbanística, no cabe aducir la condición de tercero adquirente de buena fe amparado por el acceso de su derecho de dominio al Registro de la Propiedad, puesto que, conforme al principio de subrogación de los sucesivos adquirentes en el cumplimiento de los deberes impuestos por el ordenamiento urbanístico, la demolición de lo indebidamente construido no sólo pesa sobre quien realizó la edificación ilegal, sino sobre los sucesivos titulares de ésta, sin perjuicio de la responsabilidad en que aquél hubiese podido incurrir por los daños y perjuicios causados a éstos”⁵².

Para el Tribunal Supremo la protección jurídica de los terceros adquirentes se mueve por otros cauces, “cuales pueden ser los conducentes a resolver los contratos por los que adquirieron, o a obtener del responsable o responsables de la infracción urbanística, o del incumplidor de los deberes que son propios de dichos contratos, el resarcimiento de los perjuicios irrogados por la ejecución” y ello sin que se “supedite la demolición ordenada, rotundamente ordenada, a una previa o simultánea declaración de responsabilidad de los causantes del daño y del correlativo derecho de los perjudicados a ser indemnizados”, pues “esa responsabilidad y ese correlativo derecho no fueron objeto de enjuiciamiento en aquellas sentencias, de suerte que nada sobre una y otro puede decidirse en la fase o proceso de su ejecución”⁵³.

Frente a la jurisprudencia que niega la posibilidad de que la existencia de un tercero de buena fe del artículo 34 de la LH, que ha confiado en el Registro de la Propiedad, pueda evitar la demolición e incardinarse en un supuesto de imposibilidad de ejecución, y ante la ausencia de un precepto que, con carácter general, permita la suspensión o inejecución de sentencias por razones de interés público, los legisladores, primero autonómicos y, posteriormente, estatal, presionados, sin duda alguna por la Unión Europea⁵⁴ y por las

51 Cfr. la Sentencia de 6 de febrero de 2007 del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5.ª) FJ 5º.

En términos similares se pronuncia la Resolución de la Dirección General del Registro y el Notariado de 2 de junio de 2006 al indicar que: “En la propiedad urbana, de acuerdo con el principio de subrogación real, las limitaciones del dominio afectan con trascendencia real a todo adquirente posterior, y si bien es cierto que parece atentar contra el principio de publicidad y seguridad del tráfico, no lo es menos que aquél se encuentra resguardado por la ley, de tal modo que las limitaciones derivadas del Urbanismo en manera alguna pueden ser catalogadas como las antiguas cargas ocultas, pues este principio de la subrogación real se da respecto a toda transmisión de bienes afectados por alguna función administrativa y estas limitaciones han sido configuradas por la más moderna corriente civilística caracterizada como *obligatio propter rem*, que afectan al propietario de la finca por el mero hecho de serlo, sin que el actor pueda pretender ampararse en la literalidad del artículo 34 de la Ley hipotecaria”.

52 Cfr. la Sentencia de 26 de septiembre de 2006 del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5.ª), FJ 2.º. RJ 2006\6665.

53 Cfr. la Sentencia de 6 de febrero de 2007 del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5.ª) FJ 5º.

54 La Comisión de Peticiones del Parlamento Europeo aprobó en febrero de 2009 el llamado Informe Auken, que fue ratificado por Resolución del Parlamento Europeo de marzo de 2009. En este informe se realizan importantes críticas a España por cuanto no protege de la demolición a los adquirentes de buena fe que han visto anuladas las licencias. En el informe se expresa: Considerando que muchos miles de ciudadanos europeos, en diferentes circunstancias, han adquirido propiedades en España de buena fe, actuando conjuntamente con abogados locales, urbanistas y arquitectos, sólo para descubrir más adelante que han sido víctimas de abusos urbanísticos cometidos por autoridades locales poco escrupulosas y que, en consecuencia, sus propiedades se enfrentan a la demolición porque se ha descubierto que han sido edificadas ilegalmente y, por lo tanto, no tienen valor y no pueden venderse. Y ante este panorama insta a España, tal como se deduce de los apartados 7 y 16 “a que establezcan mecanismos judiciales y administrativos operativos, que impliquen a los Defensores del Pueblo regionales, quienes son competentes para proporcionar medios que permitan acelerar el acceso a la justicia y la indemnización a las víctimas de abusos urbanísticos en virtud de las disposiciones de la legislación en vigor”; opinando que las personas que hayan

asociaciones de afectados⁵⁵, se han visto obligados a dictar normas que salvaguarden los intereses dignos de protección de estos terceros⁵⁶.

Así, la disposición final tercera de la Ley 7/2015, de 21 de julio, por la que se modifica la Ley orgánica del poder judicial, modifica la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa, añade un nuevo apartado 3 al artículo 108 de la LJCA con la siguiente redacción:

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

Cabe indicar que el hecho de que el nuevo texto del artículo 108 no estuviera incluido en el proyecto de ley presentado a las Cortes, sino que fuera introducido en la fase final del procedimiento legislativo, en concreto en las enmiendas del senado, ha generado no solo que no hubiera una discusión seria y rigurosa sobre él que permita una posterior interpretación, sino que además ha propiciado una deficiente técnica legislativa en la redacción, lo cual va a generar importantes dudas en su interpretación y dificultades en su aplicación.

Regap



ESTUDIOS

6.2 Análisis del apartado 3 del artículo 108 de la LJCA

El apartado 3 del artículo 108 supone la introducción de un supuesto singular en el que el legislador ha considerado preciso suspender y demorar la demolición de construcciones ilegales declaradas por sentencia como consecuencia de la presencia de un tercer adquirente de buena fe.

adquirido de buena fe una propiedad en España y se hayan encontrado con que ha sido declarada ilegal deben tener derecho a obtener una indemnización adecuada a través de los órganos jurisdiccionales españoles.

- 55 Las legítimas presiones ejercidas por las asociaciones de afectados se desprenden del debate parlamentario que dio lugar al apartado 3 del artículo 108 de la LJCA. Así, en la intervención del senador Rodríguez Esquerdo en defensa de la enmienda introducida por el Grupo Parlamentario Socialista y que dio lugar a la introducción del apartado 3 del artículo 108 de la LJCA, se expresa que: “Por último, quiero hacer referencia brevemente a una enmienda que esta mañana se ha transado sobre los adquirentes de buena fe. Creo que estos venían necesitando, después de la modificación del Código Penal y de la Ley hipotecaria, una redacción más justa o más real de lo que ellos pretendían. La enmienda de esta mañana es algo que las asociaciones de afectados han asumido, creo que con buen criterio. Por fin, parece que esas pretensiones han sido recogidas por todos, asumidas por todos, y a ellos, a los afectados, se les ha dado una cumplida respuesta a lo que venían demandando años atrás. Por lo tanto, creo que en ese aspecto tenemos que estar satisfechos”.
- 56 Las razones que justifican la nueva regulación son expresadas por F. GONZÁLEZ BOTIJA y M. A. RUIZ LÓPEZ, cuando indican que: “(...) son los ciudadanos afectados los mayores perjudicados por esta situación. Muchos propietarios de edificaciones irregulares, que actuaron de buena fe al adquirir una vivienda, en la creencia de que cumplían con todos los requisitos legales, han visto demolida su vivienda en los últimos años, o, cuanto menos, que se encuentra en una situación jurídica, económica y social muy delicada. Estos ciudadanos han sido víctimas de la irresponsabilidad de los poderes públicos, que no han sido diligentes a la hora de otorgar licencias, inspeccionar y controlar irregularidades y, en definitiva, de adoptar normas urbanísticas o registrales adecuadas para evitar estos problemas. Y es que muchos Ayuntamientos concedieron licencias para viviendas después declaradas ilegales, desentendiéndose luego de las familias afectadas por un problema que ellos mismos habían generado (...) Esta medida se incardina dentro de una política tendente a poner freno a este delicado problema a todos los niveles, poniendo fin, así, a una gravísima injusticia. La modificación viene motivada por la necesidad de incluir una mejora técnica en aras de fomentar la seguridad jurídica y el tráfico jurídico (...) Con la reforma se ha tratado de buscar una armonía entre los intereses públicos y privados: el primero en que se restablezca la legalidad (la medida no está pensada para cualquier caso) y el segundo en que se repare el daño causado por ésta antes de que se produzca la demolición, lo cual no debe suponer en ningún caso un daño al interés general” (“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, p. 23-45).

No obstante, debemos indicar que el precepto adolece de importantes deficiencias y lagunas que van a dificultar una interpretación homogénea y que van a generar litigiosidad⁵⁷.

La primera idea que se desprende del artículo es que nos encontramos ante un supuesto de suspensión de la ejecución y no de inejecución. En concreto, la demolición se encuentra supeditada a la prestación de garantías suficientes para responder del pago de las indemnizaciones debidas a terceros de buena fe.

De este modo, mientras no se presten las garantías suficientes para responder del pago de las indemnizaciones debidas a terceros de buena fe, no será posible la demolición acordada en la sentencia, con lo que si no se prestan las garantías que cubran todos los daños causados (como por ejemplo la quiebra del promotor) no será posible la ejecución, que de este modo será inejecutable.

La segunda idea que parece desprenderse del precepto es que la declaración de invalidez por ser materialmente contraria a la normativa la construcción del inmueble que habilitó y amparó una licencia no conlleva de forma implícita y automática como consecuencia jurídica la demolición, sino que, por el contrario, es necesario que la sentencia que declara la invalidez declare, igualmente, de forma expresa y motivada, las razones por las cuales procede la demolición y la reposición a su estado originario de la realidad física alterada.

En efecto, tal como dice el precepto, para que se pueda demoler, es preciso, en primer lugar, declarar contraria a la normativa la construcción de un inmueble y, en segundo, lugar, la sentencia debe ordenar motivadamente su demolición y la reposición a su estado originario de la realidad física alterada. De este modo, si la sentencia únicamente acuerda la invalidez de las licencias sin hacer consideración expresa y motivada a la demolición, parece que no se podrá proceder a ésta.

Por lo tanto, el artículo parece contrariar la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo que indica que la demolición de lo construido es *"la consecuencia impuesta legalmente en el caso de anulación de una licencia concedida con infracción de la normativa urbanística"*⁵⁸ y que *"... tratándose de obras realizadas al amparo de una licencia que contraviene normas urbanísticas, la anulación de ésta comporta la obligación de demolición de aquéllas, de suerte que ni la sentencia que acuerda ésta, aunque no hubiera sido pedida, es incongruente, ni se rebasa el sentido del título ejecutivo cuando se ordena tal demolición en la fase de ejecución pese a que el título sólo contuviera explícitamente el pronunciamiento anulatorio de la licencia"*⁵⁹. Y ello, *"con independencia de que la citada demolición hubiera sido solicitada, o no, en el suplico de la demanda, y hubiera sido, o no, expresamente declarada en el fallo de la sentencia dictada"*⁶⁰.

La tercera idea que se desprende del artículo es que da por hecho que en caso de que exista un adquirente tercero de buena fe, existe un daño y la indemnización es debida, lo que genera

57 Resulta sumamente interesante, pues detecta con claridad algunos de los problemas que plantea el nuevo apartado del artículo 108, la crítica que realiza al precepto CHAVES, J. R., en su blog <https://delajusticia.com/2015/10/05/ejecucion-de-sentencias-de-demolicion-tras-el-novedoso-articulo-108-3-ljca/>

58 SSTS de 7 de febrero de 2000 y 15 de octubre de 2001, entre muchas otras.

59 STS de 7 de junio de 2005.

60 STS de 9 de febrero de 2009.

de forma obligatoria la suspensión de la demolición hasta que se presente una garantía. Del mismo modo, la norma indica la obligación de prestar una garantía; sin embargo, no indica quién debe prestarla.

La cuestión controvertida, desde nuestro punto de vista, es que no siempre que se invalida una licencia va a surgir responsabilidad patrimonial, es decir, no existe ni en derecho civil una relación automática entre irregularidad urbanística, nulidad del contrato de compraventa e indemnización, ni en derecho administrativo una correlación entre nulidad de licencia y responsabilidad patrimonial de la Administración⁶¹.

En este sentido, dado que no siempre que se declara inválida una licencia, va a surgir el deber de indemnizar al tercero de buena fe, ya sea por la Administración, ya sea por el promotor (que más bien tiene que restituir el precio pagado), cuando el apartado tercero del artículo 108 de la LJA establece que el juez *“exigirá, como condición previa a la demolición, la prestación de garantías suficientes para responder del pago de las indemnizaciones debidas a terceros de buena fe”*, está queriendo decir, a nuestro juicio, que será necesario que en un nuevo proceso se determine si hay o no obligación de indemnizar y su cuantía.

Por tanto, para que se suspenda la ejecución, va a ser necesario que el tercero, de buena fe, una vez declarada la invalidez de la licencia y la obligación de demoler, accione los procedimientos administrativos y/o los procedimientos civiles frente a la Administración o al promotor exigiendo la responsabilidad de éstos y, una vez iniciados, comunicar dicha circunstancia al tribunal con el fin de que suspenda el procedimiento.

No obstante, el precepto parece establecer la obligación del juez de la ejecución, con carácter previo al inicio de ese nuevo proceso que se tiene que iniciar para determinar la existencia o no de responsabilidad y su cuantía, de dictar una especie de orden cautelar en el incidente de ejecución en la que se determine con carácter provisional la cuantía a la que estime que asciende la indemnización y la persona responsable de ella (de este modo el incidente se convierte en una especie de proceso sumario que juzga provisionalmente la cuestión pero que no produce efectos de cosa juzgada)⁶².

61 Así, y por lo que respecta a la posible responsabilidad patrimonial de la Administración y, en concreto, del Ayuntamiento, que es quien otorga la licencia materialmente inválida, debemos indicar que no siempre que haya emitido una licencia declarada inválida va a responder de los daños causados, y ello porque, tal como se desprende del artículo 48 d) del Real decreto legislativo 7/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del suelo y rehabilitación urbana, la anulación de los títulos administrativos habilitantes de obras y actividades en ningún caso dará lugar a indemnización si existe dolo, culpa o negligencia graves imputables al perjudicado. Igualmente, existiendo tan sólo culpa leve, y no siendo, por tanto, de aplicación la *exceptio doli*, ello no determina que no se aplique la concurrencia de culpas, lo que va a dar lugar a una reducción de la indemnización. Es más, en numerosas ocasiones, aun cuando la licencia haya sido declarada inválida, una interpretación razonable de la norma por parte de la Administración ha dado lugar a que los órganos jurisdiccionales excluyan la responsabilidad patrimonial de ésta y la consiguiente indemnización.

62 Este problema también se lo plantea CHAVES, J. R., en su blog <https://delajusticia.com/2015/10/05/ejecucion-de-sentencias-de-demolicion-tras-el-novedoso-articulo-108-3-ljca/>, cuando se cuestiona si “cuando se habla de “indemnizaciones debidas” no alude a “posibles” indemnizaciones sino a “indemnizaciones «debidas», esto es, líquidas o determinadas. En esta tesitura, o bien se acomete un incidente ante el juez (o consta el reconocimiento de la indemnización por la Administración) para concretar, en su defecto, el alcance de las indemnizaciones, o, sencillamente, a los efectos de este precepto, ha de entenderse el juez habilitado para exigir una garantía “alzada” o a “ojo de buen cubero”. Este es el “agujero negro” de la novedad legislativa: ¿cómo sabe el juez quién es el responsable de las indemnizaciones y en qué medida –promotor, Administración, tercero revendedor, etc.–?; si ha tenido lugar un expediente de responsabilidad patrimonial o el ejercicio de acciones civiles entre los implicados, una vez ultimados, podrá el juez contencioso tener criterio al respecto; pero lo normal será que tenga que tramitarse un mínimo incidente para forjarse al menos una idea orientativa de quién y hasta cuánto es responsable. Sin embargo, con todas las cautelas, me inclinaría por exigir una fianza o garantía a la Administración “a tanto alzado” (previo informe pericial de valoración) porque, se mire como se mire, ya sea por pasividad, ya sea por connivencia con el constructor o ya sea por “sostenella y no enmedalla”, era quien tenía la obligación de garantizar la legalidad urbanística y quien en la mayoría de los casos sería quien debía indemnizar al tercero de buena fe. Así y todo, no olvidemos que el juez contencioso debe primero dirigir su mirada al titular de la vivienda para confirmar si es “tercero de

La cuarta idea que muestra la dificultad aplicativa del nuevo apartado tercero del artículo 108 estriba en determinar el concepto de “tercero de buena fe”. En efecto, cabe plantearse si cuando se hace referencia al tercero de buena fe éste debe ser un tercero cualificado del artículo 34 de la LH o, por el contrario, un simple tercero de buena fe.

Desde nuestro punto de vista, la razón que permite modular y suspender la demolición es precisamente salvaguardar y proteger a aquel tercero que confió en la seguridad jurídica que brinda el Registro de la Propiedad, comprobando que la obra nueva de la edificación adquirida estaba inscrita y que no constaba ninguna anotación preventiva de embargo, y que, a pesar de la confianza que dicho registro otorga, sin embargo, con posterioridad se ve privado de la propiedad adquirida como consecuencia de una sentencia que declara la demolición. De este modo, entendemos que el único tercero que se puede beneficiar del artículo es el tercero del artículo 34 de la LH.

Por el contrario, quien adquiere un inmueble cuya licencia no está inscrita y, a pesar de su no inscripción, lo adquiere, está asumiendo el riesgo de que la licencia se encuentre impugnada, razón por la cual, aun siendo un tercero de buena fe, no debe ser protegido.

La quinta idea hace referencia a los procesos a los cuales es de aplicación el artículo 108 de la LJCA, esto es, si éste se puede aplicar a las ejecuciones ya iniciadas o, por el contrario, solo resulta aplicable a los procedimientos de ejecución que se inicien con posterioridad a la entrada en vigor de la norma.

Partiendo del régimen transitorio que, con carácter general, establecen las leyes procesales en relación con los procedimientos de ejecución y en virtud de los cuales la ley procesal que entre en vigor se aplicará a todos aquellos procedimientos de ejecución que, aun iniciados con anterioridad, se encuentren abiertos y no finalizados por no haber sido totalmente ejecutados, podemos afirmar que el artículo 108 de la LJCA se va a aplicar a todos aquellos procesos en los que se ha declarado que la licencia es inválida por ser materialmente ilegal la construcción que amparó pero en los que todavía no se haya procedido a la demolición.

En este sentido, la disposición transitoria cuarta de la LJCA indica que *“la ejecución de las sentencias firmes dictadas después de la entrada en vigor de esta ley se llevará a cabo según lo dispuesto en ella. Las dictadas con anterioridad de las que no constare en autos su total ejecución se ejecutarán en lo pendiente con arreglo a ésta”*.

Igualmente, la disposición transitoria sexta de la LEC establece que *“los procesos de ejecución ya iniciados al entrar en vigor esta ley se regirán por lo dispuesto en ella para las actuaciones ejecutivas que aún puedan realizarse o modificarse hasta la completa satisfacción del ejecutante”*.

En definitiva, si no ha habido demolición y la ejecución no está cerrada, es de aplicación el artículo 108 de la LJCA y, por tanto, la suspensión del procedimiento.

buena fe” y, una vez convencido, dirigir su mirada para determinar quién le ha engañado o sorprendido en su buena fe, o sea, hacia otros particulares (promotor, mediador, etc.) y hacia la Administración. Nada fácil”.

7 Conclusiones

Primera. La decisión de eliminar los efectos o situaciones jurídicas emanadas de un acto administrativo no depende o no puede llevarse a cabo a través de un mero juicio de invalidez en el que se contraste la adecuación del acto con el ordenamiento jurídico; por el contrario, a la hora de considerar si procede o no eliminar los efectos del acto administrativo inválido se debe tener en cuenta toda otra serie de circunstancias tales como el tipo o clase de acto declarado inválido, el tipo de vicio, la gravedad del vicio, la actuación de las partes en la generación del vicio, la materia sobre la que versa el acto administrativo, etc.

De esta forma, del mismo modo que no existe una correlación automática entre validez y eficacia, no existe una correlación automática entre invalidez e ineficacia. La eficacia y, sobre todo, la ineficacia constituyen una realidad o institución autónoma que no siempre es consecuencia de la declaración de invalidez de un acto, aunque dicha declaración de invalidez es un requisito o presupuesto que se ha de dar para que proceda la ineficacia, aunque no el único.

De este modo, mientras que el juicio de validez de la licencia es un juicio estático que tiene como objetivo analizar y realizar, muchos años después de dictarse la licencia, un simple contraste entre la licencia y el planeamiento en el momento en que se dio la licencia sin tener en cuenta las circunstancias acaecidas desde que se dicta la licencia hasta que, reiteramos, muchos años después se dicta la sentencia; sin embargo, el juicio de ineficacia es un juicio dinámico que tiene como objetivo decidir, a la vista de las circunstancias acaecidas durante la vida del acto y en atención a otros principios jurídicos dignos de protección, si deben pervivir todos o algunos de los efectos de la licencia inválida, esto es, la obra o sustituir la demolición por otro tipo de consecuencia jurídica.

Segunda. La posibilidad de mantener la obra o la construcción materialmente ilegal realizada al amparo de una licencia inválida en virtud de la concurrencia de circunstancias que obliguen a su mantenimiento o, lo que es lo mismo, la posibilidad de no ejecutar o modular la ejecución de la consecuencia impuesta legalmente en el caso de anulación de una licencia, es decir, la demolición, es una posibilidad que, lejos de ser excepcional, se reconoce y se ha reconocido desde los inicios de la jurisdicción contencioso-administrativa. Dicho reconocimiento normativo a lo largo de la historia no es sino la constatación de que el mantenimiento de la obra ilegal es en numerosas ocasiones la mejor forma de tutelar el ordenamiento jurídico y de ponderar los intereses en conflicto.

Tercera. El hecho de que en la actualidad no exista una norma que de forma general permita, a la hora de decidir si se debe demoler una obra por ser ilegal la licencia que la amparó, atender a las circunstancias acaecidas desde que se dicta el acto hasta que éste es declarado inválido y ponderar la posible existencia de principios, muchos de ellos constitucionalizados, como el derecho a disfrutar de una vivienda digna, evitar la destrucción de riqueza o la protección del dominio público, está generando situaciones claramente injustas, como la demolición de obras públicas, la demolición de viviendas adquiridas por terceros de buena fe, o la demolición de obras que generan empleo y riqueza.

Desde nuestro punto de vista, por tanto, es absolutamente necesario que se apruebe una norma que, con carácter general y por razones de interés público, permita a los órganos jurisdiccionales, a petición de las partes, realizar, una vez que el acto ha sido declarado inválido, en nuestro caso, una vez que la licencia ha sido inválida por ser materialmente ilegal

regap



ESTUDIOS

la obra, un juicio de ineficacia que tenga como objetivo decidir, a la vista de las circunstancias acaecidas durante la vida del acto y en atención a otros principios jurídicos dignos de protección, si deben pervivir todos o algunos de los efectos de la licencia inválida, esto es, si debe sustituir la demolición por otro tipo de consecuencia jurídica.

Cuarta. Es precisamente en este contexto de ausencia normativa de una cláusula general que permita ponderar el interés público en la ejecución de sentencias evitando situaciones socialmente injustas, de interpretación restrictiva por parte de la jurisprudencia del Tribunal Supremo de los supuestos de imposibilidad legal o material y de necesidad de establecer normas que permitan al órgano jurisdiccional realizar un juicio de ineficacia teniendo en cuenta las circunstancias acaecidas desde que nace el acto hasta que éste es declarado nulo ponderando los efectos de la nulidad con otros principios jurídicos dignos de protección, en los que se incardina la reforma del artículo 108 de la LJCA y la suspensión o condicionamiento de la ejecución de sentencia que declara la invalidez de una licencia y la consiguiente demolición en supuestos adquirentes terceros de buena fe.

Quinta. El apartado 3 del artículo 108 supone la introducción de un supuesto singular en el que el legislador ha considerado preciso suspender y demorar la demolición de construcciones ilegales declaradas por sentencia como consecuencia de la presencia de un tercer adquirente de buena fe.

No obstante debemos indicar que el precepto adolece de importantes deficiencias y lagunas que van a dificultar una interpretación homogénea y que van a generar litigiosidad.

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*, Lustel, 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 mayo 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., y 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*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de A 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., y 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.