

LA DEMOLICIÓN DE INMUEBLES Y EL ARTÍCULO 108.3 LJCA: ANÁLISIS DE LOS RECIENTES PRONUNCIAMIENTOS JUDICIALES

ALFONSO ARROYO
ESADE Law School Universidad Ramon Llull

IVÁN RODRÍGUEZ FLORIDO
Universitat de Barcelona

Cómo citar/Citation

Arroyo, A. y Rodríguez Florido, I. (2019).
La demolición de inmuebles y el artículo 108.3 LJCA:
análisis de los recientes pronunciamientos judiciales.
Revista de Administración Pública, 208, 325-355.
doi: <https://doi.org/10.18042/cepc/rap.208.11>

Resumen

En el año 2015 se modificó el régimen jurídico de la ejecución de sentencias en el orden contencioso-administrativo, concretamente, en lo que se refiere a aquellas que ordenan la demolición de un inmueble. Se incorporó el apdo. 3 al art. 108 de la Ley 29/1998 Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, según el cual, cuando se ordenase la demolición de un inmueble, se debería exigir, como condición previa, la prestación de garantías suficientes para responder del pago de las indemnizaciones debidas a terceros de buena fe. Este novedoso precepto, colmado de conceptos jurídicos indeterminados, choca frontalmente con la ejecución de sentencias y ha generado múltiples interrogantes en cuanto a su aplicación práctica. En este sentido, el Tribunal Supremo se ha pronunciado en distintas ocasiones interpretando este precepto, cuya aplicación práctica ha quedado diluida y relegada en aras de la ejecutividad de las resoluciones judiciales y la no imposición de trabas a la demolición de los inmuebles, configurándose como un deber hacer en la ejecución de estos fallos

de naturaleza cautelar. Este trabajo trata de ubicar el citado precepto en su contexto normativo y, posteriormente, sintetizar los distintos pronunciamientos emitidos por parte del Tribunal Supremo, algunos de ellos desde una visión crítica.

Palabras clave

Demolición de inmuebles; terceros de buena fe; ejecución de sentencias; indemnizaciones debidas; artículo 108.3 LJCA.

Abstract

The Spanish regulation of the enforcement of judgments in contentious-administrative matters and, more specifically, in those proceedings concerning the demolition of buildings was amended in 2015. A new paragraph (paragraph 3) was added to article 108 of the Administrative Appeal Courts Law (Law 29/1998). By virtue of this innovative paragraph, the demolition of a building requires as a precondition the provision of adequate guarantees to pay the compensations due to bona fide third parties. The new paragraph is full of undefined legal concepts, clashes with the enforcement of judgments and has raised manifold doubts as far as its practical implementation is concerned. The Spanish Supreme Court has construed this paragraph in several occasions. Following the Court's opinion, the practical implementation of the paragraph has been diluted and it refers now only to the enforceability of court decisions and the non-obstruction of the demolition of buildings. This work aims to understand this new paragraph in its legal context and to summarize the different rulings issued by the Supreme Court in this sense, some of them from a critical perspective.

Keywords

Building demolition; bona fide third party; enforcement of judgments; compensations due; article 108.3 of the Administrative Appeal Courts Law.

SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN. II. ANTECEDENTES, CONTEXTO NORMATIVO Y TRAMITACIÓN PARLAMENTARIA: 1. La reforma del Código Penal y el artículo 319.3 como antecedente directo. 2. La tramitación parlamentaria de la modificación de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. Introducción del artículo 108.3 en trámite de enmiendas en el Senado. 3. Los precedentes legislativos similares en Galicia y Cantabria y su examen de constitucionalidad por parte del Tribunal Constitucional. III. CONTENIDO DEL ART. 108.3 LJCA: 1. Cuestión transitoria: precepto aplicable a todas las resoluciones que ordenan la demolición de un inmueble pendientes de ejecución. 2. Naturaleza jurídica: no es un supuesto de imposibilidad legal de ejecutar la sentencia ni una causa de suspensión en la ejecución, pero sí que se debe prestar la garantía de forma previa a la demolición (tutela cautelar). 3. Tramitación procedimental: no se debe supeditar la ejecución de la sentencia al expediente administrativo de responsabilidad patrimonial, ni se debe fijar la indemnización en un incidente de ejecución de sentencia. 4. Determinación del ámbito subjetivo: la condición de «terceros de buena fe». 5. Determinación del ámbito objetivo: las garantías de «indemnizaciones debidas». 6. Aspectos no tratados por parte del Tribunal Supremo. IV. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN

La ejecución judicial de las sentencias, mandato constitucional concretado en los principios de intangibilidad, inmodificabilidad e invariabilidad de las resoluciones, es una exigencia del principio de seguridad jurídica y una manifestación del derecho a la tutela judicial efectiva.

Huelga recordar que, en nuestro ordenamiento jurídico, el derecho constitucional a la tutela judicial efectiva del art. 24 de la Constitución no solo alcanza a la fase declarativa, plasmado en el reconocimiento en una resolución judicial, sino que comprende también el derecho a obtener la ejecución de lo resuelto en resolución firme, evitando así que se conviertan en meras declaraciones sin valor efectivo (SSTC 58/1983, de 29 de junio, y 109/1984, de 26 de noviembre). En este sentido, la ejecución de las sentencias está constitucionalmente prevista como un deber inexcusable de los poderes públicos (art.

118 Constitución). Sin ejecución de las sentencias no hay tutela judicial efectiva. Tal y como ha afirmado el Tribunal Constitucional, «únicamente con el cabal y efectivo cumplimiento de dichas resoluciones el derecho al proceso se hace real y efectivo ya que, si fuera de otro modo, el derecho no pasaría de ser una entidad ilusoria» (STC 166/1988, de 15 de junio).

Tal y como afirmó Tomás-Ramón Fernández¹, en unas palabras que siguen vigentes hoy en día, la eficacia real del control jurisdiccional de la Administración pública depende básicamente de tres tipos de cuestiones. En primer lugar, la duración de los procesos, pues una justicia tardía se diferencia muy poco de una simple injusticia. En segundo lugar, el coste del procedimiento. Y, por último, en lo que aquí nos atañe, la ejecución de las decisiones jurisdiccionales que ponen fin a los procedimientos, pues en definitiva la suerte del derecho no depende únicamente de su proclamación, sino también de su ejecución. En palabras de García de Enterría², sin una total y plenaria resolución de este gran tema de la justicia administrativa, el Estado de derecho es literalmente nada. Especialmente relevante es esta cuestión en el ámbito urbanístico, donde, tal y como puso de relieve el Informe Auknen del Parlamento Europeo de 2009³, los procedimientos incoados siguen siendo de una lentitud desmedida y las sentencias dictadas en muchos de estos casos no pueden ejecutarse de forma que compensen a las personas que se ven obligadas a demoler sus edificaciones.

En el orden contencioso-administrativo, y en el ámbito urbanístico concretamente, una de las medidas más drásticas que puede comportar el fallo de

¹ Véase T. R. Fernández Rodríguez (1997), «De nuevo sobre la ejecución de sentencias contencioso-administrativas», *Revista de Administración Pública*, 84, págs. 263-278.

² Véase E. García de Enterría (1962), «La lucha contra las inmunidades del poder en el derecho administrativo (poderes discrecionales, poderes de gobierno, poderes normativos)», *Revista de Administración Pública*, 38, pág. 161.

³ Véase al respecto el Informe sobre el impacto de la urbanización extensiva en España en los derechos individuales de los ciudadanos europeos, el medio ambiente y la aplicación del derecho comunitario con fundamento en determinadas peticiones recibidas (2008/2248 [INI]), aprobado por Resolución del Pleno del Parlamento Europeo el 26 de marzo de 2009, más conocido como Informe Aukén (ponente Margrete Aukén). El informe indica, entre muchos otros aspectos, que en muchos casos las sentencias que se dictaban no podían ejecutarse de modo que compensaran a las víctimas de los abusos urbanísticos y, en consecuencia, se pide al Gobierno español que se lleve a cabo una profunda revisión de la legislación que afecta a los derechos de propietarios particulares de bienes como resultado de una urbanización masiva y que las autoridades establezcan mecanismos judiciales y administrativos que permitan dotar de mayor celeridad el acceso a la justicia y la indemnización de las víctimas.

una sentencia es la demolición de las edificaciones ilegalmente construidas. La ilegalidad de una licencia urbanística debe comportar, como regla general, la demolición de las obras realizadas al amparo de esta⁴. En este sentido, el Tribunal Supremo es rotundo al considerar la demolición de la construcción un pronunciamiento implícito en la declaración de ilegalidad de la licencia administrativa (por todas, SSTS de 23 de septiembre de 2003, RJ 2003/7186⁵ y 7 de junio de 2005, RJ 2005/5244). De hecho, se ha llegado a declarar que es una consecuencia irremisiblemente derivada de una declaración de nulidad jurisdiccional que no necesita tan siquiera que la demolición haya sido solicitada en el suplico de las partes (STS 18 de febrero de 2009, RJ 2009/2834).

La demolición de un inmueble, que suele devenir firme después de varios años de la construcción del mismo y tras diversos pronunciamientos de distintos tribunales en sus respectivas instancias, puede llegar a generar una fuerte tensión entre, por un lado, la ejecución de la sentencia, como manifestación de la protección de la legalidad urbanística vulnerada y, por el otro, la tutela de los derechos de los terceros de buena fe que, en determinados supuestos, pueden llegar a verse afectados⁶. En cualquier caso, la protección de estos terceros de

⁴ Si bien, como matización de esta afirmación sobre la demolición, se recomienda la lectura de I. Calatayud Prats (2016), «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», *Revista Galega de Administración Pública*, 52, págs. 75-101.

⁵ «En segundo término, la orden demolitoria de lo edificado al amparo de una licencia anulada es un pronunciamiento implícito, necesario y derivado del procedimiento anulado. Por tanto, la demolición no requiere un nuevo proceso distinto del ya celebrado y la resolución judicial que así lo recuerda, cuando existe un previo pronunciamiento anulatorio de la licencia que presta cobertura de lo edificado, no hace sino llevar a puro y debido efecto la sentencia y adoptar las resoluciones que el cumplimiento del fallo requiere» (STS 5667/2003, de 23 de septiembre de 2003, rec. 929/2001, FD 2º).

⁶ Uno de los principales argumentos que se han alegado para intentar paliar los efectos de la ejecución de sentencias que ordenan la demolición es la existencia de los «terceros hipotecarios de buena fe». Sin embargo, el Tribunal Supremo ha consolidado una línea jurisprudencial restrictiva en cuanto a su protección, por cuanto debe primar la ejecución de la sentencia, siendo clara la doctrina jurisprudencial que los terceros adquirentes del edificio cuyo derribo se ordena ni están protegidos por el art. 34 de la Ley Hipotecaria, ni están exentos de soportar las actuaciones materiales que lícitamente sean necesarias para ejecutar la sentencia; el art. 34 de la Ley Hipotecaria protege el derecho real, y este pervive aunque después se anule o resuelva el del otorgante o transmitente, pero no protege la pervivencia de la cosa objeto de derecho cuando esta ha de desaparecer por imponerlo así el ordenamiento jurídico; la fe pública registral y el acceso de los derechos dominicales no subsana el incumplimiento del ordenamiento urbanístico y que conforme el principio de subrogación de los sucesivos adquirentes,

buena fe no es ajena a nuestro ordenamiento jurídico, que, por ejemplo, mediante la institución de la responsabilidad patrimonial, articula un supuesto indemnizatorio como consecuencia de los daños producidos por la anulación de un título administrativo habilitante. En este sentido, por muy adecuada y ajustada a derecho que sea una sentencia sobre el papel (mera declaración de intenciones), en la práctica se ha demostrado que su ejecución dista mucho de la celeridad y eficacia deseada, surgiendo una serie de complicaciones al hacer ejecutar las sentencias que implican una demolición urbanística⁷. Precisamente sobre este extremo, la ejecución de sentencias urbanísticas que ordenan la demolición, ha versado una de las últimas modificaciones de la regulación contencioso-administrativa. Así, mediante la disposición final 3.4 de la Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio, que modificó la Ley Orgánica del Poder Judicial, se introdujo un apdo. 3 al art. 108 de la Ley 29/1998 Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (en adelante «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 la demolición del mismo y la reposición a su estado originario de la realidad física alterada, exigirá, como condición previa a la demolición, y salvo que una situación de peligro inminente lo impidiera, la prestación de garantías suficientes para responder del pago de las indemnizaciones debidas a terceros de buena fe.

Se trata de un precepto colmado de conceptos jurídicos indeterminados que, en los tres años que lleva en vigor, ha suscitado un sinfín de interrogantes prácticos e interpretaciones plausibles que han comportado la imperiosa intervención por parte del Tribunal Supremo, el cual ha emitido diversos pronunciamientos en los últimos meses que han arrojado luz sobre diversos aspectos de este precepto y su alcance jurídico.

la demolición de lo indebidamente construido no pesa únicamente sobre quien realizó la edificación ilegal, sino que también recae sobre los sucesivos titulares de la misma (por todas, STS de 14 julio de 2016, RJ 2016/3918).

⁷ Sobre las razones que complican la ejecución de las sentencias que ordenan el derribo de inmuebles ilegalmente se recomienda la lectura del texto de la magistrada M. E. Castanedo García (2017), «Examen del nuevo apartado tercero del artículo 108 de la Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa», en M^a. B. Navarro Vega (coord.), *Recientes Reformas de la Ley de la Jurisdicción contencioso-administrativa* (págs. 214-217), Valencia: Tirant Lo Blanch.

La finalidad de este precepto es evidente. Tal y como indica Mediavilla Cabo⁸, no cabe duda que con la introducción del art. 108.3 de la ley de la jurisdicción, el legislador pretende garantizar el derecho de propiedad consagrado, constitucionalmente, en el art. 33, a los terceros de buena fe, fomentando la seguridad jurídica y el tráfico jurídico. Adicionalmente, tal y como indica Ezquerro Huerva⁹, la finalidad es impedir la continuidad de pronunciamientos judiciales, según los cuales, la presencia de terceros hipotecarios de buena fe que pudieran verse perjudicados por la demolición de un inmueble ilegal resulta un dato irrelevante a efectos de cumplimiento de la sentencia que declara la ilegalidad del inmueble. En definitiva, la finalidad del precepto es dispensar una protección suficiente a aquellas personas que, habiendo adquirido un inmueble de buena fe, posteriormente se encuentran ante una sentencia judicial que declara su demolición por considerarla ilegal.

II. ANTECEDENTES, CONTEXTO NORMATIVO Y TRAMITACIÓN PARLAMENTARIA

Con carácter previo al análisis de los pronunciamientos del Tribunal Supremo en relación con el art. 108.3 LJCA, resulta esencial situar el contexto normativo y los antecedentes legislativos similares que se produjeron en determinadas comunidades autónomas, como, por ejemplo, Cantabria y Galicia.

1. LA REFORMA DEL CÓDIGO PENAL Y EL ART. 319.3 COMO ANTECEDENTE DIRECTO

En primer lugar, se debe destacar que existe un precedente similar en nuestro ordenamiento, si bien en el orden penal, también introducido mediante una modificación del año 2015. Mediante la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, que reformó el Código Penal, se modificó el art. 319.3 del Código Penal, relativo a los delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo, añadiendo un inciso relativo a la demolición de los inmuebles:

⁸ Véase J. V. Mediavilla Cabo (2017), «Reflexiones en relación al artículo 108.3 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa», *Revista jurídica de Castilla y León*, 43, págs. 16-36.

⁹ Véase A. Ezquerro Huerva (2016), «La protección de los adquirentes de buena fe frente a la ejecución de sentencias que ordenan la demolición de inmuebles», en J. Gifreu Font (dir.), *El derecho de la ciudad y el territorio: estudios en homenaje a Manuel Ballbé Prunés* (pág. 877), Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública.

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

Si comparamos este precepto con el art. 108.3 LJCA se puede observar que ambas modificaciones comparten una misma finalidad, la salvaguarda de los intereses que se puedan ver afectados como condición previa a la demolición de un inmueble. Poco después de la modificación del Código Penal se acometió, sorpresiva e improvisadamente, la modificación de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

2. LA TRAMITACIÓN PARLAMENTARIA DE LA MODIFICACIÓN DE LA LEY REGULADORA DE LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA. INTRODUCCIÓN DEL ART. 108.3 EN TRÁMITE DE ENMIENDAS EN EL SENADO

Curiosamente, en el proyecto de ley de modificación de la Ley Orgánica del Poder Judicial remitido a las Cortes no se hacía ninguna referencia a la reforma del régimen jurídico de la ejecución de sentencias en el orden contencioso-administrativo. El proyecto de Ley Orgánica proponía modificar la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, únicamente, respecto al recurso de casación que actualmente pivota sobre el interés casacional objetivo. Sin embargo, en la tramitación de la norma y ya en el Senado, a través de dos enmiendas —núms. 130 y 279— de idéntico texto, de los Grupos Parlamentarios Socialista (GPS) y Entesa pel Progrés de Catalunya (GPEPC), se introdujo la proposición de dicho apdo. 3 al art. 108 LJCA con la justificación de acometer una «mejora técnica en aras de fomentar la seguridad jurídica y el tráfico jurídico, para proteger el derecho de propiedad, y de forma análoga al cambio introducido en el Código Penal para proteger a terceros adquirentes de buena fe»¹⁰.

La enmienda no se aprobó en el Informe de la Ponencia, sino que hubo que esperar al Pleno en el que finalmente se acordó su introducción, aducien-

¹⁰ *Boletín Oficial Congreso de los Diputados*, Senado, apdo. I, núm. 542-3607, de 16 de junio de 2015.

do como justificación y antecedente directo la ya citada reforma del art. 319.3 del Código Penal.

Sin perjuicio de compartir una misma finalidad, tal y como apunta Sánchez Lamelas¹¹, la comparación entre ambas regulaciones arroja diferencias sustanciales en cuanto a las potestades del órgano jurisdiccional¹². En la redacción del art. 319.3 del Código Penal se confiere una capacidad de decisión, una potestad, por cuanto antes de condicionar la demolición se debe haber oído a la Administración competente y valorar las circunstancias del caso. Sin embargo, el art. 108.3 LJCA no deja resquicio alguno para la valoración por el órgano judicial de las circunstancias concurrentes, se impone una condición suspensiva *ex lege*, es decir, mientras no se presten las garantías suficientes para responder de las indemnizaciones, no se puede demoler ni se puede ejecutar la sentencia.

3. LOS PRECEDENTES LEGISLATIVOS SIMILARES EN GALICIA Y CANTABRIA Y SU EXAMEN DE CONSTITUCIONALIDAD POR PARTE DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Si bien esta regulación ha resultado una novedad en la LJCA, lo cierto es que encontramos antecedentes similares en la regulación autonómica de determinadas comunidades autónomas.

Es el caso de la disposición adicional sexta de la Ley 2/2011, de 4 de abril, por la que se modificó la Ley 2/2001, de 25 de junio, de Ordenación Territorial y Régimen Urbanístico del Suelo de Cantabria, en relación con los procedimientos de indemnización patrimonial en materia urbanística. Esta disposición adicional 6ª regulaba la tramitación de los expedientes en materia de responsabilidad patrimonial derivada de actuaciones en materia urbanística, cuyo contenido impedía demoler las edificaciones declaradas ilegales por sentencia hasta que no finalizase el procedimiento administrativo para la de-

¹¹ Véase A. Sánchez Lamelas (2017), «El artículo 108.3 de la LJCA: la ejecución de sentencias de derribo y la garantía de las indemnizaciones debidas a terceros de buena fe», en Navarro Vega, *op. cit.*, pág. 178.

¹² En este mismo sentido, véase J. R. Chaves (2015), «Ejecución de sentencias de demolición tras el novedoso artículo 108.3 LJCA», en el blog *delaJusticia*, quien reparó en la sutil diferencia de que para el juez penal es una previsión «facultativa» y que para el juez contencioso es «imperativa». Además, el juez penal debe valorar no solo la situación de «terceros de buena fe» sino «valorando las circunstancias y oída la Administración competente».

terminación de la previa indemnización de los afectados¹³. Concretamente, uno de los apartados de esta disposición preveía que:

Sólo se podrá proceder a la demolición cuando haya finalizado el procedimiento de determinación de la responsabilidad patrimonial, se haya establecido en su caso el importe de indemnización y se haya puesto éste a disposición del perjudicado.

Esta regulación fue declarada nula e inconstitucional por la Sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Constitucional 92/2013, de 22 de abril, si bien por razones competenciales, en tanto la norma autonómica incide en la ejecución de sentencias invadiendo la competencia exclusiva del Estado en materia de legislación procesal (art. 149.1.6 Constitución)¹⁴.

Sin perjuicio de lo anterior, tal y como apunta Sánchez Lamelas¹⁵, y con independencia de la cuestión competencial, la sentencia del Tribunal Constitucional también apuntaba la inconstitucionalidad de la norma en tanto la ejecución de sentencias es una potestad exclusivamente jurisdiccional en todo tipo de procesos (arts. 117.3, 118 y 103 de la Constitución) y la medida de la normativa cántabra hacía escapar la ejecución de la sentencia del control judicial (FJ 6º STC 92/2013)¹⁶.

Posteriormente, se intentó acometer una nueva solución legislativa al grave problema de las sentencias pendientes de ejecutar. Mediante la Ley 4/2013,

¹³ En este sentido, como bien indica Cortines González de Riancho, suponía alterar el «íter lógico del sistema establecido por nuestra doctrina jurisprudencial respecto del momento de valoración del daño», véase F. Cortines González de Riancho (2011), «El problema de la responsabilidad por las sentencias de derribo en Cantabria», *Revista Práctica Urbanística*, 110, pág. 6.

¹⁴ «Pero lo que resulta incompatible con la reserva estatal en materia de legislación procesal —art. 149.1.6 CE— es que el legislador autonómico establezca una causa de suspensión o aplazamiento de la ejecución de las Sentencias que han de ejecutarse mediante el derribo de edificaciones, máxime cuando el precepto legal no condiciona la efectividad de la demolición judicialmente acordada al transcurso de los plazos para resolver el expediente de responsabilidad patrimonial, sino a su efectiva resolución y al pago de la indemnización acordada, de suerte que la ejecución de la Sentencia termina por escapar del control judicial, único competente para hacer ejecutar lo juzgado a tenor de lo dispuesto en el art. 117.3 CE que resulta igualmente vulnerado» (STC 92/2013, de 22 de abril, rec. inconst. 4596-2011, FJ 6).

¹⁵ Véase Sánchez Lamelas (2017: 182).

¹⁶ La inconstitucionalidad de la normativa de Galicia también se analiza en la STC 149/2014, de 22 de septiembre, en la cuestión de inconstitucionalidad núm. 6833-2013.

de 20 de junio de Cantabria, relativa al régimen jurídico de las autorizaciones provisionales de edificaciones o actuaciones preexistentes, se introdujo el art. 65 bis a la Ley 2/2001, de Ordenación Territorial y Régimen Urbanístico del Suelo de Cantabria. Según este precepto, en el momento en que se iniciase un procedimiento encaminado a la modificación del planeamiento urbanístico, los propietarios de aquellos edificios que habían sido declarados previamente ilegales y pesaban sobre ellos una orden de demolición, si resultaban legalizables conforme a la modificación de las normas urbanísticas en tramitación, podían obtener una autorización, de carácter provisional, que los equiparaba a construcciones fuera de ordenación y cuyo efecto era la paralización de la resolución, administrativa o judicial, que ordenaba tal demolición.

De nuevo, el Tribunal Constitucional actuó y declaró, mediante la Sentencia 254/2015, de 30 de noviembre, la inconstitucionalidad del inciso «judiciales» del art. 65 bis, al entender que se creaba de nuevo una causa de suspensión de la ejecución de sentencias que ordenan la demolición de las construcciones ilegales, aspecto que atenta de nuevo contra el marco competencial y la reserva estatal en materia de legislación procesal (art. 149.1.6 CE).

Regulación similar se encontraba en Galicia. Mediante la disposición adicional sexta de la Ley 8/2012, de 29 de junio, de vivienda de Galicia se configuró un procedimiento que supeditaba la ejecución de actos administrativos y sentencias que determinasen la anulación del título y ordenasen la reposición a la legalidad y la demolición de lo construido a la previa resolución de un expediente de responsabilidad patrimonial de la Administración.

El Tribunal Constitucional, en su Sentencia 82/2014, de 28 de mayo, remitiéndose íntegramente a lo dispuesto a la STC 92/2013, anula y declara inconstitucional el inciso relativo a las «sentencias»¹⁷ por invasión competencial de la reserva estatal en materia de legislación procesal (art. 149.1.6 CE). Entiende el Tribunal Constitucional que, pese a la diferente articulación téc-

¹⁷ «Atendida la conexión con el proceso *a quo*, la interferencia constitucionalmente ilegítima que produce la disposición cuestionada se refiere únicamente a la demolición de viviendas acordada en la fase de ejecución de sentencia. Por este motivo, la declaración de inconstitucionalidad se ciñe al inciso “o sentencia” del apartado 2 de la disposición adicional sexta de la Ley del Parlamento de Galicia 8/2012. Una vez depurada de este inciso, la disposición regula únicamente el procedimiento a seguir cuando la anulación del título que conlleve la reposición de la legalidad urbanística y la demolición de lo construido se produzca mediante acto administrativo firme, en el que no se ven comprometidos ni el ejercicio de la potestad jurisdiccional (art. 117.3 CE) ni la competencia reservada al Estado en materia de legislación procesal ex art. 149.1.6 CE» (FJ 4º, STC 82/2014, de 28 de mayo, cuestión de inconstitucionalidad núm. 6037-2013).

nica de la regulación de Galicia y su vinculación al derecho a la vivienda, reconocer un derecho a residir en el inmueble, mientras se sustancia un procedimiento de responsabilidad patrimonial, tiene el mismo efecto paralizador de la ejecución de sentencias, por lo que deviene en inconstitucionalidad.

En este sentido, siendo evidente que una regulación de estas características no se podía articular a través de normativa autonómica, el legislador estatal decidió llevar un contenido normativo similar a la Ley reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa, mediante la introducción del art. 108.3¹⁸. Un precepto que, en ausencia de una técnica legislativa más depurada y que proporcione una mayor seguridad jurídica, ha comportado la necesaria intervención de la «jurisprudencia creativa»¹⁹.

III. CONTENIDO DEL ART. 108.3 LJCA

1. CUESTIÓN TRANSITORIA: PRECEPTO APLICABLE A TODAS LAS RESOLUCIONES QUE ORDENAN LA DEMOLICIÓN DE UN INMUEBLE PENDIENTES DE EJECUCIÓN

Una de las primeras cuestiones que suscitó el art. 108.3 LJCA es la relativa a su transitoriedad, concretamente, si el precepto es aplicable a sentencias dictadas con anterioridad a su entrada en vigor, en proceso de ejecución. La modificación, operada por la Ley Orgánica 7/2015, no incluía ninguna norma específica de derecho transitorio, más allá de señalar que dicho precepto 108.3 LJCA entraría en vigor en octubre de 2015.

El Tribunal Supremo concluyó²⁰, invocando la jurisprudencia que admite la aplicación retroactiva de las normas a hechos, actos o relaciones jurídicas nacidas al amparo de la legislación anterior, que el art. 108.3 LJCA resulta de aplicación a partir de su entrada en vigor a todos los supuestos o incidentes en

¹⁸ Sobre si la modificación legislativa merece un juicio positivo o negativo se recomienda la lectura de F. González Botija y M. A. Ruiz López (2015), «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 Aranzadi de Urbanismo y Edificación*, 35, págs. 23-45.

¹⁹ Recurso invocado por el magistrado H. García Morago (2016), advirtiendo que ello convierte a los magistrados en «una especie de legisladores subrepticios», en el Foro sobre la «Inejecución de sentencias urbanísticas: artículos 105.2 y 108.3 LRJCA», *ElDerecho* [online].

²⁰ Sentencia del Tribunal Supremo 1409/2017, de 21 de septiembre de 2017, rec. 477/2016, FJ 9º.

que se plantee la demolición de una construcción ilegal, al margen de cuando se haya iniciado el pleito o incidente de ejecución²¹. Por lo tanto, el art. 108.3 LJCA se debe aplicar para la ejecución de sentencias, aunque la sentencia que declare la demolición sea anterior a la fecha de la entrada en vigor del citado precepto.

Este criterio ya fue adoptado por algunos tribunales²², como, por ejemplo, el Tribunal Superior de Justicia de Cantabria, que en su sentencia núm. 15/2017, de 20 de enero de 2017, ya afirmó que el art. 108.3 LJCA «resulta aplicable a los actos procesales que se producen a partir de su entrada en vigor, con independencia de la fecha de inicio del procedimiento, en fase de ejecución».

La propia disposición transitoria cuarta de la LJCA permite llegar a dicha conclusión, puesto que situados en un momento procesal en el que la ejecución de una sentencia no se ha consumado, es de aplicación la legislación vigente en el momento de realizarse la actividad ejecutiva para concluir lo ordenado en la sentencia, cualquiera que fuera la fecha en que se hubiese dictado²³.

2. NATURALEZA JURÍDICA: NO ES UN SUPUESTO DE IMPOSIBILIDAD LEGAL DE EJECUTAR LA SENTENCIA NI UNA CAUSA DE SUSPENSIÓN EN LA EJECUCIÓN, PERO SÍ QUE SE DEBE PRESTAR LA GARANTÍA DE FORMA PREVIA A LA DEMOLICIÓN (TUTELA CAUTELAR)

Otra de las cuestiones más controvertidas es su naturaleza jurídica. Concretamente, si se debe tratar como un supuesto de suspensión en la ejecución de la sentencia hasta que no se preste la garantía suficiente o, en su caso, considerarla como un supuesto de imposibilidad de ejecutar la sentencia si no se

²¹ El Tribunal Supremo aplica la jurisprudencia de su sentencia de 18 de abril de 1998 (RJA 2984) respecto a la retroactividad de las leyes procesales, donde se afirmó que «cuando se dicta una ley procesal no se aplica retroactivamente a procesos anteriores, sino a los actos procesales que se producen a partir de su entrada en vigor, aunque los hechos materiales y jurídicos que han dado origen al proceso sean anteriores».

²² En este mismo sentido se pronunció el Juzgado de lo Contencioso-administrativo núm. 2 de Tarragona, en su Auto núm. 210/2016, de 14 de octubre, disponiendo que «la realidad es que nos hallamos ante un incidente de ejecución de sentencia planteado con posterioridad a la entrada en vigor del nuevo artículo 108.3 de la LJCA y, por ende, nada impide que en ejecución de Sentencia se pueda aplicar y, por tanto, adoptar una decisión judicial en los términos que prevé el artículo 108.3 de la LJCA sin que por ello se varíe, sino que lo complementa, el fallo de la sentencia a ejecutar».

²³ Sentencia del Tribunal Supremo núm. 1409/2017, de 21 de septiembre de 2017, rec. 477/2016, FJ 10º.

llegase a prestar la garantía exigida. No es una cuestión baladí, ya que de su interpretación pende, según el propio Tribunal Supremo, la constitucionalidad y compatibilidad de dicho precepto con el derecho a la tutela judicial efectiva²⁴.

La LJCA recalca la obligación de las partes de cumplir las sentencias «en la forma y los términos en que éstas se consignent» (art. 103.2 LJCA)²⁵. La imposibilidad de ejecución de una sentencia es una excepción²⁶, que solo de manera rigurosa y plenamente acreditada se puede declarar²⁷, siendo tarea del órgano judicial determinar, de manera detallada y rigurosa, esa imposibilidad, y en último extremo, si fuera preciso, establecer la correspondiente indemnización (STS de 18 de septiembre de 2009).

Dos son los supuestos que justifican la inejecución de una sentencia (art. 105 LJCA). Por una parte, la imposibilidad legal, materializada en un cambio en la normativa aplicable, convirtiendo lo ilegal en legal. De otro, la imposibilidad material que ha sido definida como «aquel impedimento de carácter físico que no permite ejecutar la sentencia porque el objeto de la misma ha desaparecido o se ha destruido», o que «concorre si físicamente no resulta posible llevar la sentencia a efecto en sus términos estrictos» (STS núm. 1409/2017, de 21 de septiembre).

²⁴ STS de 1 de junio de 2018 (RC 571/2017), «no vulnera ello el artículo 24 de la Constitución (antes bien, precisamente, pudiera suceder esto así de prosperar el planteamiento de parte, esto es, de entenderse que el artículo 108.3 LJCA impide la ejecución de sentencias)».

²⁵ Sobre la jurisprudencia del Tribunal Constitucional acerca de la interpretación finalista de las sentencias judiciales a efectos de su ejecución en sus propios términos, véase, por ejemplo, la STC 125/1987, de 15 de julio, y STC 92/1988, de 23 de mayo.

²⁶ En palabras de Parada Vázquez (2008): «¿[...] de qué sirve sufrir los avatares de un proceso, a veces eterno en el tiempo, si con motivo de la ejecución de la sentencia favorable se inicia un nuevo e inacabado calvario que termina en fiasco: la imposibilidad de ejecutar la sentencia?», prólogo al trabajo de R. Gómez-Ferrer Rincón (2008), *La imposibilidad de ejecución de sentencias en el proceso contencioso-administrativo*, Madrid: Thomson-Civitas (pág. 24).

²⁷ En este sentido, consolida el Tribunal Supremo que «imposibilidad debe entenderse en el sentido más restrictivo y estricto, y en términos de imposibilidad absoluta; esto es, absoluta imposibilidad física o clara imposibilidad jurídica de cumplir el fallo. Después de la Constitución no cabe otra interpretación, por ser un básico fundamento del Estado de Derecho instaurado por la misma, el cumplimiento escrupuloso, íntegro y estrecho de las sentencias judiciales en sus propios términos» (STS 1409/2017, de 21 de septiembre de 2017, rec. 477/2016, FJ 9º).

El Tribunal Supremo se ha pronunciado al respecto y ha entendido que el art. 108.3 LJCA no constituye ni un supuesto de imposibilidad legal de ejecutar una sentencia, ni tan siquiera un supuesto de suspensión de la ejecución, puesto que ni se ha producido un cambio en la normativa tenida en consideración para acordar la demolición de lo ilícitamente construido, ni tal demolición aparece como materialmente imposible por la entrada en vigor de este precepto. En este sentido, el contenido del art. 108.3 LJCA no supone una dispensa a los propietarios ni a la Administración pública para la suspensión o paralización temporal de las ejecuciones de sentencias de demolición de inmuebles, sino que supone una dotación al juez de determinadas facultades para que la demolición «no haya de causar efectos irreparables en los terceros adquirentes de buena fe»²⁸. Este precepto no reforma ni altera el régimen de los supuestos de imposibilidad de ejecutar una sentencia (art. 105 LJCA), sino que se sitúa en un momento posterior al proceso de ejecución, en cuanto reconoce una serie de poderes al juez para que la ejecución se lleve a efecto, con lo cual se convierte en una fase más de la ejecución, pero nunca en un impedimento, ni siquiera temporal, para la ejecución de la sentencia. La norma añade un deber de hacer en la ejecución de estos fallos para garantizar los perjuicios que puedan derivarse, pero el objetivo final del juez debe ser conseguir la restauración del orden jurídico alterado²⁹. La garantía de dichos perjuicios no puede alzarse ni considerarse preeminente al interés público que en el proceso se trata de proteger y restaurar.

Por lo tanto, de conformidad con esta doctrina jurisprudencial, el art. 108.3 LJCA se configura como un trámite integrado en la ejecución de sentencias que ordenan la demolición de un inmueble. Al deber de demoler se une la obligación de adoptar, previamente, las garantías necesarias para garantizar las legítimas expectativas indemnizatorias que, en su caso, se declaren en otro procedimiento para los terceros de buena fe (tutela cautelar)³⁰.

²⁸ STS 1409/2017, de 21 de septiembre de 2017, rec. 477/2016, FJ 13.

²⁹ STS 21 de marzo 2018, rec. 141/2017, FJ 7º.

³⁰ Uno de los primeros pronunciamientos que ha aplicado la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre el art. 108.3 LJCA es la Sentencia 816/2018 del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, de 28 de septiembre (rec. 264/2016) que, tras constatar la existencia del actual propietario del inmueble como tercero, resuelve que por parte del órgano judicial se deben adoptar las medidas de aseguramiento de las indemnizaciones que correspondan, recalando que «la tramitación del referido incidente no ha de impedir la ejecución de sentencia por lo que hace a todas aquellas actuaciones conducentes a hacer efectivo el derribo de la edificación hasta el momento previo a su efectiva ejecución material, que no podrá producirse sino hasta que la garantía o caución

3. TRAMITACIÓN PROCEDIMENTAL: NO SE DEBE SUPEDITAR LA EJECUCIÓN DE LA SENTENCIA AL EXPEDIENTE ADMINISTRATIVO DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL, NI SE DEBE FIJAR LA INDEMNIZACIÓN EN UN INCIDENTE DE EJECUCIÓN DE SENTENCIA

Otra de las principales cuestiones que suscita el art. 108.3 LJCA es la forma en que debe acordarse esta prestación de garantías suficientes para responder del pago de las indemnizaciones debidas a terceros de buena fe.

Concretamente, se identificó por parte del Tribunal Supremo, como cuestión a interpretar, si «se precisaba la tramitación de un procedimiento contradictorio, en el que se fijasen como debidas las indemnizaciones en un expediente de responsabilidad patrimonial, o debía tramitarse un incidente de ejecución de sentencia, para determinar la existencia de terceros de buena fe y su identidad, y durante cuya sustanciación no podría llevarse a efecto la demolición acordada por el Juez o Tribunal» [por todos, AATS 3802/2017, de 24 de abril de 2017, rec. 138/2017 y 3636/2017, de 10 de abril de 2017, rec. 141/2017].

Pues bien, el Tribunal Supremo ha concluido que la prestación de garantías a la que se refiere el art. 108.3 LJCA, como condición previa a la demolición de un inmueble, no precisa la tramitación de un procedimiento contradictorio, ni mucho menos requiere que tales indemnizaciones hayan sido fijadas como debidas en un procedimiento de responsabilidad patrimonial o en un incidente de ejecución de sentencia. En este sentido se recuerda que un incidente de ejecución no puede pronunciarse sobre cuestiones que no han estado debatidas y resueltas en el pleito principal. Por ende, si la responsabilidad patrimonial no ha sido objeto del procedimiento principal deberá dilucidarse, a través de su procedimiento específico, en sede administrativa y, en su caso posteriormente, en sede jurisdiccional.

En este punto se recuerda la doctrina jurisprudencial que el procedimiento de ejecución de la sentencia se proyecta sobre lo efectivamente juzgado, con la finalidad de llevar a cumplido efecto el derecho declarado en la sentencia con las garantías propias del proceso en su fase declarativa, quedando al margen «la resolución de cuestiones que no hayan sido abordadas ni decididas en el fallo o con las que éste no guarde una inmediata o directa relación de causalidad» según el propio Tribunal Constitucional³¹, en garantía del derecho a la tutela judicial efectiva de terceros no intervinientes en el proceso.

fijada en el Auto de resolución de ese incidente conste debidamente constituida y acreditada» (FJ 6º).

³¹ Sentencia del Tribunal Constitucional, Sala 2ª, sentencia 91/1993, de 15 marzo, Recurso de Amparo núm. 1299/1990.

No se requiere, por tanto, ningún incidente de ejecución en el que se declare y reconozca el derecho del tercero ni determine la cantidad líquida que resulte exigible por el mismo. Huelga recordar que el precepto 108.3 LJCA no pretende resarcir ni indemnizar a los terceros de buena fe, sino únicamente «la prestación de garantías suficientes» para dicha hipotética y futura debida indemnización (tutela cautelar).

El art. 108.3 LJCA no contiene un pronunciamiento declarativo de derechos, sino una actividad judicial garantista, asegurando que en su momento se podrán hacer efectivas las indemnizaciones que resulten del procedimiento correspondiente en la medida que puedan producirse. Interpretar que se requiere un procedimiento previo a la demolición (incidente de ejecución declarando el derecho indemnizatorio, procedimiento de responsabilidad patrimonial...) supondría llevar dicho precepto más allá de lo que pretende ser, puesto que se estaría resolviendo sobre aquello que el artículo únicamente pretende garantizar con carácter previo y cautelar³².

El Tribunal Supremo entiende que existen dos circunstancias fundamentales que determinan el alcance del art. 108.3 LJCA. En primer lugar, la existencia de relaciones jurídicas derivadas de la promoción y construcción llevada a cabo con violación insubsanable de la normativa urbanística, esto es, la existencia de terceros de buena fe con derechos sobre un inmueble ilegalmente construido, derechos que se deben proteger y garantizar. La segunda, que las actividades de edificación y uso del suelo estén sujetas al correspondiente control administrativo, mediante las oportunas habilitaciones administrativas (art. 11 TRLSRU 7/2015), de manera que es la propia Administración la que puede resultar responsable de los daños y perjuicios causados a terceros como consecuencia de su deficiente ejercicio de la potestad de control (art. 48 TRLSRU 7/2015).

En este sentido, la obligación que contiene el art. 108.3 LJCA se configura, según el Tribunal Supremo, como un trámite integrado en la ejecución de sentencias que «consiste en la adopción por el órgano jurisdiccional de las medidas de aseguramiento que resulten suficientes para responder del pago de las indemnizaciones que puedan reconocerse a terceros de buena fe al margen del proceso, medidas de aseguramiento que han de ser valoradas, en su exis-

³² «El art. 108.3 no contempla pronunciamientos judiciales dirigidos a declarar la existencia de concretos terceros de buena fe, que hayan sufrido lesiones o daños que no tengan el deber de soportar y que, en consecuencia, deban de ser reparados en una determinada cuantía, pues lo que establece el precepto es que el órgano judicial, al margen de tales pronunciamientos, exija la prestación de las garantías suficientes para responder de su efectividad en la medida que puedan producirse» (STS 475/2018, 21 de marzo 2018, rec. 138/2017, FJ 4º).

tencia y alcance, por el órgano judicial, atendiendo a los datos y elementos de juicio de que disponga y pueda recabar en el procedimiento» (SSTS 475/2018 y 476/2018, de 21 de marzo de 2018)³³.

Se interpreta que la norma no prevé un obstáculo para la ejecución, sino un deber de hacer que se añade a la ejecución, debiendo garantizarse los perjuicios que en su caso se puedan derivar, debiendo el juez ocuparse de que así sea «adoptando medidas de coerción y exigiendo responsabilidades de todo tipo, hasta que se haya constituido la garantía, voluntariamente o de forma forzosa» (STS 1409/2017, de 21 de septiembre)³⁴.

Únicamente, afirma el Tribunal Supremo que las controversias que puedan surgir al respecto sí podrán resolverse en el correspondiente incidente de ejecución de sentencia, como dispone el art. 109.1 LJCA, pero sin llegar en ningún caso a supeditar la demolición a la previa declaración del derecho a la indemnización debida.

El art. 108.3 LJCA tiene como finalidad asegurar que la declaración del derecho a la indemnización por la demolición, cuando se produzca, resulte efectiva mediante la adopción por el juez o tribunal de las garantías suficientes, para responder del pago, que es el efecto propio de la declaración de la indemnización debida.

En otras palabras, se asegura que, al margen de la efectividad y materialización del derecho a la regularización urbanística declarado en la sentencia que se ejecuta, resulte igualmente efectivo el reconocimiento del derecho de terceros a la correspondiente indemnización, que aun no habiendo sido objeto del proceso, pueda ser reconocido en otro distinto y legalmente previsto al efecto (STS núm. 1.102, 28 de junio de 2018, rec. 1/2016, FJ 4º).

En definitiva, afirma el Tribunal Supremo que no resulta admisible que en el desarrollo del procedimiento de ejecución de la sentencia o como in-

³³ Pronunciamientos que han sido reiterados en aras del principio de unidad de doctrina en, entre otras, las Sentencias del Tribunal Supremo 1673/2018, de 27 de noviembre (rec. 115/2017) y 1749/2018, de 10 de diciembre de 2018 (rec. 137/2017).

³⁴ Resulta ilustrativo el Fundamento Jurídico Decimocuarto de la STS 1409/2017, de 21 de septiembre, donde se afirma que «en definitiva el legislador, junto con la finalidad de preservación del interés público que protege la ejecución de sentencias urbanísticas en cuanto instrumento dirigido al restablecimiento de la realidad física alterada, ha tratado de introducir la defensa y protección por parte del órgano judicial de los intereses privados de aquellos que habiendo adquirido de buena fe, pueden resultar perjudicados por tal ejecución, si bien, consideramos, que dicha protección no puede alzarse ni considerarse preeminente al interés público que en el proceso se trata de proteger y restaurar».

cidente del mismo, se pretenda efectuar una declaración sobre el reconocimiento del derecho de terceros a la correspondiente indemnización, fijando su cuantía y la entidad responsable (STS núm. 475/2018, de 21 de marzo de 2018, rec. 138/2017, FJ 4º). El art. 108.3 LJCA únicamente prevé una suerte de medida cautelar frente a la ejecución de sentencias que ordenan la demolición, se añade un deber previo a la demolición, como es el de garantizar los perjuicios que puedan derivarse para los adquirentes de buena fe.

En este punto resulta interesante la reflexión que hace Ezquerro Huerva³⁵ sobre la interpretación que realiza el Tribunal Supremo, lectura a la cual dota del valor propio de una medida cautelar, peculiar en una doble vertiente, en primer lugar, por cuanto no se adopta para garantizar la ejecución del fallo, sino que se adopta *frente al fallo*, para paliar determinados efectos negativos de llevar a cabo su ejecución y, en segundo lugar, porque el órgano judicial carece de cualquier margen de apreciación sobre la procedencia o no de su adopción.

No se ha declarado la incompatibilidad entre el art. 108.3 LJCA y el procedimiento de responsabilidad patrimonial. De hecho, se ha afirmado que si, paralelamente, un procedimiento de responsabilidad patrimonial se ha resuelto y ha supuesto el abono de la respectiva indemnización, el contenido del art. 108.3 LJCA, como es lógico, no resulta exigible (STS 868/2018, de 25 mayo de 2018, rec. 325/2016)³⁶, pero en ningún caso puede supeditarse la demolición del inmueble —ejecución de la sentencia— a la tramitación de dicho procedimiento de responsabilidad patrimonial.

Esta cuestión está conectada y es coherente con la reciente consolidación de la interpretación del Tribunal Supremo respecto al *dies a quo* para instar la reclamación de responsabilidad patrimonial por anulación de licencia que comporta la demolición. En la Sentencia 1174/2018, de 10 de julio de 2018 (rec. 1548/2017), el Tribunal Supremo ha declarado que, como regla general, debe ser la fecha de la firmeza de la sentencia anulatoria del acto que comporta

³⁵ Véase A. Ezquerro Huerva (2018), «A vueltas con la ejecución de sentencias de derribo que puedan causar perjuicios a terceros de buena fe», *Revista Española de Derecho Administrativo*, 195, págs. 67-100.

³⁶ «A mayor abundamiento, ninguna incompatibilidad se advierte entre el hecho de que la administración por mandato judicial, incluso por iniciativa propia, inicie un procedimiento de responsabilidad patrimonial para fijar las indemnizaciones derivadas de una ilegalidad urbanística, con la concreta aplicación del art. 108.3 LJCA, dado que si dicho expediente culmina y se abonan las indemnizaciones fijadas en el mismo, resulta evidente que no será preciso el juego del precepto controvertido, dado que los derechos de los terceros afectados no necesitarán ser garantizados, al haber quedado previamente completamente satisfechos» (STS 868/2018, de 25 mayo de 2018, rec. 325/2016, FJ 7º).

la orden de demolición de la construcción la que determina el inicio del plazo anual previsto para la reclamación de responsabilidad patrimonial derivada de tal anulación, sin que pueda ser considerada como tal la fecha de la demolición del inmueble, construido al amparo del acto o disposición impugnado³⁷. Se entiende, por tanto, que, declarada en resolución la ilegalidad firme de una construcción y ordenada, motivadamente, su demolición, queda abierta la vía para instar la reclamación de responsabilidad patrimonial por los perjuicios que se puedan causar, antes incluso que la demolición. Circunstancia que, si la celeridad administrativa lo permite y no se insta una demolición inmediata con la firmeza de la sentencia, podría comportar la futilidad del art. 108.3 LJCA, en tanto al demoler se podría ya haber indemnizado a los perjudicados.

4. DETERMINACIÓN DEL ÁMBITO SUBJETIVO: LA CONDICIÓN DE «TERCEROS DE BUENA FE»

El art. 108.3 LJCA identifica como sujeto beneficiario de la prestación de garantías suficientes para responder del pago de las indemnizaciones debidas a los «terceros de buena fe». Los escuetos términos en que se expresa plantean ciertas dificultades para la determinación del ámbito subjetivo de este precepto que, en palabras del propio Tribunal Supremo, es una de las cuestiones más relevantes que plantea.

De la redacción del precepto no se permite una identificación precisa y concreta de quienes ostentan tal condición. Sin embargo, el Tribunal Supremo ha trazado el marco en el que han de moverse los órganos judiciales al identificar a estos terceros de buena fe [SSTS de 21 de marzo 2018 (RC 141/2017), 25 de mayo 2018 (RC 325/2016) y 1 de junio de 2018 (RC 571/2017)].

³⁷ Una interpretación jurisprudencial reiterada pero controvertida, no exenta de precedentes jurisprudenciales que afirman lo contrario (por ejemplo, STSS de 23 de octubre de 2009 rc. 3026/2005 o de 1 de enero de 2011, rc 777/07). Sobre este aspecto y sobre la responsabilidad patrimonial por anulación de licencias se recomienda la lectura del Dictamen 340/2017, de 14 de diciembre de 2017, de la Comissió Jurídica Assessora de la Generalitat de Catalunya (ponente: Alfredo Galán Galán) que recoge la sentencia del Tribunal Supremo de 24 de julio de 1989 que consideró errónea la interpretación de tomar como *dies a quo* la fecha de firmeza de la sentencia que declaraba la demolición porque «una indemnización por daños sólo puede plantearse cuando éstos se han producido efectivamente, lo que no tuvo lugar en este caso hasta que se produjo la demolición [...] de tener en cuenta que el principio de prohibición de la interpretación “contra cives” obliga a buscar la más favorable a la subsistencia de la acción».

En primer lugar, la noción de «terceros de buena fe» se identifica con aquellos que pueden resultar beneficiarios de una indemnización por la demolición del inmueble, es decir, que puedan invocar e instar el reconocimiento de su condición de perjudicados con derecho a indemnización. Por lo tanto, se debe identificar *a priori* un derecho susceptible de indemnización derivado de la demolición. Como indicó Castanedo García en su momento, la buena fe es desconocer el vicio urbanístico que afecta a la construcción³⁸.

El Tribunal Supremo ha recalcado que esta noción subjetiva no debe circunscribirse a la de terceros adquirentes de buena fe protegidos por la fe pública registral, pues el derecho a una indemnización no se agota en estos, sino que el concepto ha de extenderse a todos aquellos que puedan hacer valer un derecho a ser indemnizados en su condición de terceros perjudicados.

En sentido negativo, afirma el Tribunal Supremo, la condición de tercero implica que el título de imputación de la responsabilidad les ha de resultar ajeno y no ha sido, ni ha podido ser, objeto de examen y reconocimiento en el proceso de cuya ejecución se trata, pues, en tal caso, ha de estarse al ejercicio en el proceso declarativo y lo fallado en la sentencia. En definitiva, deben ostentar como mínimo una apariencia de no responsabilidad en la anulación del título administrativo habilitante.

Recalca el Tribunal Supremo que el art. 108.3 LJCA trata de proteger la situación de los perjudicados que, en su condición de terceros, no pueden hacer valer su derecho en el proceso declarativo (STS 21 de marzo 2018, RC 141/2017, FJ 9º). La referencia a un «tercero» revela una ajenidad, pero ¿ser ajeno a qué? Parece que el Tribunal Supremo opta por una interpretación de «tercero» respecto al recurso contencioso-administrativo que ha culminado con la declaración de demolición.

A ello se debe oponer una modesta crítica, puesto que tal y como sostiene el magistrado Moreno Grau³⁹, la buena o mala fe tendrá que apreciarse en relación con el momento en que se produjo la adquisición del inmueble, condición que no debería perderse por haber sido emplazado en el proceso conforme al art. 49 LJCA. Además, cabe recordar que, en determinadas situaciones, el titular de la licencia o los posteriores adquirentes del inmueble únicamente podrán personarse como codemandados junto con la Administración, en defensa del título administrativo habilitante, siendo ajena a ellos cualquier pretensión de indemnización, la cual únicamente pertenece a la parte actora (art. 31 LJCA).

³⁸ Véase Castanedo García (2017: 234).

³⁹ Véase J. Moreno Grau (2016), *op. cit.*, Foro sobre la «Inejecución de sentencias urbanísticas: artículos 105.2 y 108.3 LRJCA», *ElDerecho* [online].

Se puede considerar que la condición de *tercero* debería apreciarse de aquel ajeno al motivo que comportó la nulidad del título administrativo —el solicitante de la licencia que obró correctamente—, en una interpretación amplia basada en ser «tercero», respecto del vicio administrativo del que deriva la orden de demolición. Esta interpretación sería coherente respecto a quien podría solicitar responsabilidad patrimonial de la Administración por anulación del título que habilitó la construcción posteriormente demolida (art. 48 TRLSRU 7/2015). Además, por mucho que se haya comparecido como demandado, la condición de *tercero* también debería apreciarse de todo aquel ajeno al procedimiento administrativo que dio lugar a la licencia, esto es, los *terceros adquirentes* del inmueble. Ambas interpretaciones son coherentes con el espíritu y finalidad de la norma, que trata de proteger a aquellos que tienen un inmueble declarado ilegal por causas ajenas a ellos. Si el legislador quería circunscribirlo a *terceros adquirentes*, así debería haberse hecho.

En cualquier caso, la interpretación de Tribunal Supremo parece clara, y es una tesis también apuntada anteriormente por el magistrado Táboas Bentanachs⁴⁰, en un sentido doble. En primer lugar, si ha sido parte en el proceso contencioso administrativo seguido hasta la sentencia ya ha ostentado la cualidad de parte procesal, por lo que ya no quepa sostener que se trata de un *tercero*⁴¹. En segundo lugar, y con efectos mucho más decisivos, si ha sido parte, cabe la posibilidad de que se haya juzgado su situación subjetiva al punto de descartar su buena fe⁴². Si bien dicho examen subjetivo debe ser indiciario, con carácter cau-

⁴⁰ Véase M. Táboas Bentanachs, *op. cit.*, Foro sobre la «Inejecución de sentencias urbanísticas: artículos 105.2 y 108.3 LRJCA», *ElDerecho* [online].

⁴¹ En la Sentencia 241/2016, del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, de 21 de noviembre de 2016, considera que no concurre la condición de tercero de buena fe por el mero hecho de haber sido parte en el recurso «la actual Ley de la Jurisdicción, establece en su artículo 103.1, a quien le corresponde la potestad de hacer ejecutar las sentencias, sin que exista dicha vulneración, ya que se ha dictado Auto en ejecución que es firme y que no es aplicable el artículo 108.3 por que el recurrente no es un tercero de buena fe, sino que es una parte en el recurso».

⁴² En este punto resulta de interés recordar que la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo viene negando que la buena fe en la adquisición de inmuebles pueda identificarse con «un mero estado psicológico» consistente en la simple creencia de la legalidad de la adquisición. Entiende el Tribunal que la apreciación de la buena fe en el ámbito de la adquisición de derechos reales «requiere del complemento objetivable de un “estado de conocimiento” del adquirente acerca de la legitimación del transmitente para poder transmitir el dominio, aspecto al que igualmente le es aplicable una carga ética de diligencia “básica” que haga, en su caso, excusable el error que pudiera sufrir el adquirente respecto del conocimiento de la realidad del curso transmisivo operado y, en su

telar y sin que pueda llegar a condicionar la legitimidad que se reconozca en los respectivos expedientes de responsabilidad patrimonial. Si el art. 108.3 LJCA no pretende la efectiva indemnización de los perjudicados, sino únicamente garantizar su hipotético futuro reconocimiento, tampoco puede servir como fase procesal para entrar a valorar una cuestión de fondo, como es la condición de sujeto susceptible de indemnización por la demolición del inmueble, que es un concepto mucho más amplio que el de «tercero de buena fe».

En un primer momento, por parte de determinados tribunales, se vinculó dicha condición de «tercero de buena fe» con el derecho a la vivienda. El Tribunal Superior de Justicia de Galicia, en su Sentencia 601/2016, de 13 de octubre de 2016 (recurso de apelación 4320/2016), interpretó este precepto de forma restrictiva, admitiendo su aplicabilidad ante derechos que requieren una protección reforzada, como sucede con la vivienda que constituya el domicilio habitual.

Esta excepción al principio general de ejecución sin dilaciones de las sentencias firmes tiene que ser aplicado, como toda norma excepcional, de forma restrictiva, y se basa en la existencia de derechos que requieren *una protección reforzada, como son el de tener una vivienda que constituya el domicilio habitual* o un local en el que poder desarrollar una profesión o trabajo, *supuestos en los que la demolición sin indemnización previa podría causar perjuicios de imposible o muy difícil reparación.*

En términos todavía más claros, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, núm. 341/2017, de 13 de julio (rec. 4215/2017), reconoció que «el artículo 108.3 se vincula al derecho a la vivienda, reconocido en el artículo 47 de la CE».

En cualquier caso, es una interpretación que no agota el contenido del art. 108.3 LJCA, tal y como ha reconocido el Tribunal Supremo. La condición de terceros de buena fe no puede predicarse exclusivamente de los titulares de edificaciones que constituyan su vivienda habitual o el lugar donde desarrollan su actividad profesional, dado que tal restricción supondría dejar fuera de la protección del precepto al grueso de los supuestos reales que suelen afectar a residencias vacacionales o segundas residencias (STS de 25 de mayo de 2018)⁴³.

caso, de la discordancia con la información ofrecida por el Registro» (por todas, STS, Sala de lo Civil, de 12 de enero de 2015, núm. 465/2014, FJ 3º). Véase, al respecto, Ezquerria Huerva (2016: 884).

⁴³ En este sentido, como bien apunta D. Gómez Fernández (2017), cuyos análisis respecto de las sentencias del Tribunal Supremo sobre el art. 108.3 LJCA, disponibles

En definitiva, el Tribunal Supremo ha reiterado que la finalidad del art. 108.3 LJCA es dispensar de protección a aquellas personas que disfrutaban de buena fe en una edificación y, con posterioridad, una sentencia judicial ha ordenado su demolición por considerarla ilegal, sin que tuvieran conocimiento de la situación de ilegalidad en la que se encontraban (STS 476/2018, de 21 de marzo de 2018, rec. 141/2017).

Trazado este marco general, el Tribunal Supremo se ha pronunciado sobre determinadas situaciones concretas. Así, se afirma que el promotor —titular y/o copropietario— que obtuvo la licencia declarada nula no puede ser considerado tercero de buena fe⁴⁴. Y ello porque, como titular de la licencia, ha sido parte en el proceso y, en consecuencia, no puede ser considerado «tercero». Además, porque el citado artículo viene a salvaguardar los intereses de terceros que no son titulares de la licencia cuyos derechos puedan verse afectados por la demolición de la obra sin haber sido parte en el proceso⁴⁵. Creemos que tales fallos deberían admitir matizaciones al respecto. Por mucho que alguien ostente la condición de promotor o titular de la licencia, si no se demuestra en un procedimiento contradictorio su «dolo, culpa o negligencia grave» debería presumirse su buena fe (art. 434 Código Civil). Supongamos que el promotor ha actuado en el proceso como codemandado, defendiendo la legalidad de la habilitación

en el blog «Derecho administrativo y urbanismo», se recomiendan, esta cuestión se asemeja a la jurisprudencia del Tribunal Supremo (por todas, STS 23 de mayo de 2012, rec. 3720/2010) que, en materia de suspensión de la demolición de viviendas como medida cautelar al amparo de lo dispuesto en los arts. 129 y siguientes LJCA, puntualizaba su admisibilidad ante «[...] cualquiera que sea el destino o uso de la edificación».

⁴⁴ Este criterio ha sido el adoptado por diversos juzgados y tribunales. Por ejemplo, el Auto del Juzgado de lo Contencioso-administrativo núm. 2 de Tarragona (Auto núm. 210/2016, de 14 de octubre), que acude a la interpretación del art. 319.3 del Código Penal para afirmar que «dado que el demandante incidental fue quien solicitó la licencia y quien costeó las obras de construcción de la edificación a demoler dada la ilegalidad de las obras materialmente ejecutadas [...] y de la licencia otorgada, no puede ser considerado a los efectos que nos ocupan como “tercero de buena fe”». Asimismo, el Tribunal Superior de Justicia de Galicia en su Sentencia 654/2016, de 3 de noviembre de 2016 (rec. 4381/2016), considera que «el titular inicial no es tercero de buena fe y los motivos por los que se ha anulado la licencia impiden considerar a la demandante como tercero de buena fe [...] se dio la licencia partiendo de datos ficticios que facilitó la promotora».

⁴⁵ Se ha afirmado por parte del Tribunal Supremo de forma categórica que: «En definitiva, el titular de la licencia declarada nula que ha intervenido en el recurso, no es un tercero ajeno al proceso al que se le pueda tener como tercero de buena fe a los efectos del art. 108.3 LRJCA» (STS 476/2018, de 21 de marzo de 2018, rec. 141/2017, FJ 10).

administrativa y que se demuestra su nula incidencia en la causa de nulidad que comporta la demolición de lo construido, ¿debería negarse la aplicación del art. 108.3 LJCA por su mera condición objetiva de promotor? No parece lo adecuado, ¿y en el supuesto en que ni tan siquiera se haya discutido en el procedimiento judicial la causa de la nulidad de la licencia? Tampoco deberían negarse las garantías debidas por una mera presunción de negligencia grave por su condición objetiva de solicitante de la licencia.

Cerrando esta cuestión: ¿qué diferencia hay entre un tercero adquirente de buena fe respecto al titular inicial de la licencia de obras que no ha tenido responsabilidad alguna en la causa de nulidad del título administrativo habilitante que comporta la demolición? Debería entenderse que ninguna, por mor que uno sea actor «originario» y el otro «sobrevenido», pero ambos podrían haber comparecido.

También se ha pronunciado el Tribunal Supremo sobre si la condición de terceros solo puede predicarse de los que ostenten un título de propiedad, o si también cabe extenderlo a quienes disfrutaban del inmueble por otro título o a quienes por virtud de cualquier otra relación jurídica pueden resultar afectados y perjudicados por la demolición del inmueble. En este punto se ha adoptado un criterio restrictivo, negando que se puedan hacer valer los derechos de la entidad bancaria que concedió un préstamo para la construcción de la edificación, así como los derechos del titular de un derecho de servidumbre de paso de gasoducto (STS 1020/2018 de 18 de junio de 2018, rec. 1093/2017)⁴⁶.

5. DETERMINACIÓN DEL ÁMBITO OBJETIVO: LAS GARANTÍAS DE «INDEMNIZACIONES DEBIDAS»

Respecto a la consideración de «indemnizaciones debidas», el Tribunal Supremo ha afirmado que se refiere al deber genérico de indemnizar a los terceros de buena fe, no como consecuencia de una concreta declaración previa, sino valorando las circunstancias concurrentes de las que se desprenda la incidencia que la ejecución de la sentencia pueda acarrear en cada caso para los terceros en general, siempre desde el prisma de la tutela cautelar. Un incidente de ejecución

⁴⁶ De la misma forma, el Tribunal Superior de Justicia de Galicia, en su Sentencia 341/2017 de 13 de julio de 2017 (rec. 4215/2017), negó que se pueda aplicar las garantías de este precepto 108.3 LJCA al banco que es sucesor de la promotora que solicitó la licencia posteriormente declarada ilegal, puesto que «ni se trata de un tercero de buena fe, ni se puede considerar en este caso amparado por el artículo 108.3 en cuanto a la finalidad de defensa de ese derecho a la vivienda que constituye el fondo de su fundamento» (FJ 3º).

de sentencias no es el trámite procesal para declarar los derechos indemnizatorios. Por lo tanto, en ningún caso se puede identificar la garantía de «indemnizaciones debidas» con indemnizaciones líquidas, determinadas ni exigibles.

La garantía del art. 108.3 LJCA exigible como condición previa a la demolición no se refiere a una «indemnización preestablecida y cuantificada». Será el juez o tribunal quien, atendiendo a las circunstancias del caso (personas y bienes afectados, formas de garantía...), fijará las garantías adecuadas. Medidas de este tipo no suponen una novedad en el orden contencioso-administrativo. El propio Tribunal Supremo ha equiparado este precepto con la exigencia de caución o garantía suficiente para responder de los perjuicios de cualquier naturaleza que pudieran derivarse de la adopción de una medida cautelar que se regula en el art. 133 LJCA⁴⁷. Sobre este precepto el Tribunal Supremo tiene dicho que el importe «ha de ser suficiente, y para ello ha de asegurar todas las consecuencias económicas que previsiblemente se derivarán de la suspensión cautelar [...] las obligaciones accesorias que puedan acompañar al débito principal» (STS de 28 de enero de 2008, rec. 4390/2006). En este sentido, *mutatis mutandis*, la garantía del art. 108.3 LJCA, si bien de forma cautelar, debería ser suficiente para asegurar todos los perjuicios económicos y conceptos indemnizables que, en su caso, se puedan llegar a reconocer en un procedimiento de responsabilidad patrimonial.

La cuantía de estas «indemnizaciones debidas», aunque de forma indicia-ria y sin que deban comprometer el respectivo procedimiento administrativo, deberían incluir todas aquellas partidas y conceptos que se puedan llegar a apreciar en una hipotética y futura indemnización por responsabilidad patrimonial, cuyo principio jurisprudencial consolidado exige una reparación integral (por todas, STS de 10 de abril de 2000, rec. 9147/1995, FJ 3º). Deberán abarcar todos aquellos costes incurridos para ejecutar la actuación permitida con su otorgamiento⁴⁸, así como el estimado coste del derribo de las obras realizadas⁴⁹.

⁴⁷ Ya la propia ley de la jurisdicción de 1956 en su art. 124.1 exigía imperativamente que, cuando el Tribunal acordase la suspensión, se prestase una caución suficiente para responder de los daños o perjuicios a los intereses públicos que pudieran resultar de aquella.

⁴⁸ Como claramente establece el Tribunal Superior de Justicia de las Islas Baleares en su sentencia 699/2003, de 19 de septiembre: «Para exigirse daños y perjuicios derivados de la ejecución de obras a consecuencia de licencia que posteriormente resulta anulada, es necesario que previamente se haya cumplido con el deber de haberlas ejecutado conforme a la licencia porque esta licencia no ampara a las que se ejecutan al margen de ésta, aunque se trate del mismo edificio, pero desplazado» (ponente: Fernando Socías Fuster, JUR 2004\41309, FJ 3).

⁴⁹ Para un estudio mucho más extenso se recomienda la completa tesis doctoral de M. Grau Lleal (2013), *La responsabilidad patrimonial de la administración pública urbana*, dirigida por J. Manuel Trayter, Universitat de Girona.

En todo caso debemos recordar que estas *indemnizaciones debidas* se tratan de una medida cautelar, por lo tanto, dicha garantía, así como sus beneficiarios y el eventual responsable, deben ser precisados incidentalmente y *ad cautelam*, sin que la resolución de la interlocutoria sobre el art. 108.3 LJCA pueda suponer un reconocimiento de derechos indemnizatorios, los cuales se deberán deferir en su procedimiento declarativo idóneo (responsabilidad patrimonial en vía administrativa). Se trata de dotar de medidas de aseguramiento que resulten suficientes.

6. ASPECTOS NO TRATADOS POR PARTE DEL TRIBUNAL SUPREMO

Sin perjuicio de las distintas sentencias que han interpretado el art. 108.3 LJCA, existen determinadas cuestiones sobre las que no ha habido un pronunciamiento expreso hasta el momento. Así, por ejemplo, es importante destacar que el art. 108 LJCA únicamente será aplicable en aquellos supuestos en los que la demolición sea judicial⁵⁰, y para aquellas edificaciones que se consideren inmuebles. Por lo tanto, para la demolición de las restantes edificaciones (muros, cerramientos de fincas, elementos de urbanización previa a la edificación como aceras) no será aplicable este precepto, ni tampoco cuando la demolición procede de una orden administrativa firme no revisada ante los órganos judiciales.

Por otra parte, una de las principales dudas que plantea este precepto es el sujeto que está obligado a la prestación de las garantías del art. 108.3 LJCA. Existe una omisión al respecto y el precepto no indica quién debe responder.

Como indica Ezquerria Huerva⁵¹, por lógico que pueda parecer como idea de partida, se debe descartar que el cometido de prestar garantía recaerá sobre quien en ejecución de la sentencia tiene la obligación de proceder a la demolición de la edificación, pues en virtud del principio de subrogación de los sucesivos adquirentes en los derechos y deberes vinculados a la edificación, como regla general, el obligado a la demolición va a ser el propio adquirente de buena fe. Debemos tener en cuenta que, tal y como indica Flores Domínguez⁵², en el proceso de edificación intervienen diversas partes. La Administración (la que aprueba el planeamiento y la que otorga el título habilitante); el promotor; el constructor; el vendedor; el adquirente inicial; y los posibles terceros adquirentes, así como en el supuesto de que

⁵⁰ Véase Castanedo García (2017: 223).

⁵¹ Véase Ezquerria Huerva (2016: 881).

⁵² Véase L. E. Flores Domínguez (2017), «Algunos intentos de paliar, a través de la responsabilidad patrimonial, los efectos de la ejecución de sentencias que anulan licencias y ordenan la demolición de viviendas», *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, 8, pág. 93.

se entablen recursos, la figura del tercero perjudicado directamente o que actúa en interés de la legalidad al ser pública la acción. Del contenido del precepto parece desprenderse que se está pensando fundamentalmente en la Administración, como principal obligado a prestar la garantía⁵³. Si bien las sentencias del Tribunal Supremo no han tratado directamente este aspecto todavía, siempre se ha hecho énfasis en la relación existente entre el art. 108.3 LJCA y la responsabilidad patrimonial de la Administración, circunstancia que reforzaría esta cuestión⁵⁴.

Prueba de que aún quedan cuestiones que resolver sobre este precepto es el Auto del Tribunal Supremo 2/2019, de 8 de enero de 2019 (rec. 5759/2018), mediante el cual se admite a trámite un recurso de casación precisando que los aspectos que revisten interés casacional sobre el art. 108.3 LJCA son:

- La posible extensión del ámbito objetivo de aplicación del artículo 108.3 de la LJCA no sólo a las obras realizadas al amparo de una licencia anulada, sino también a las obras realizadas sin licencia; y
- si cabe la exigencia de garantías suficientes a las que se refiere el precepto no sólo a la Administración sino también a terceros tales como los promotores de las obras a demoler, y en tal caso, si lo es de forma aislada o de forma conjunta con la Administración, solidaria o subsidiariamente, precisando asimismo cómo debería sustanciarse procesalmente dicha exigencia.

Parece evidente que, para el Tribunal Supremo, el precepto se dirige, como mínimo, a las administraciones públicas, sin embargo, esta conclusión podría chocar con el principio de presunción de solvencia que ostentan. Así, por ejemplo, determinadas administraciones públicas están exentas de prestar fianzas y garantías⁵⁵.

⁵³ Tal y como recoge M. L. Vilela Pascual (2017), en su tesis doctoral *Potestades administrativas y jurisdiccionales en la ejecución de sentencias urbanísticas*, la respuesta ofrecida por algunas voces doctrinales apuntan a la figura del demandado y/o de la Administración demandada (pág. 257).

⁵⁴ En este punto resulta interesante la tesis de Ezquerro Huerva (2018: 90) según la cual dicha responsabilidad indemnizatoria puede recaer sobre cualquier persona que, a través de su intervención, haya contribuido a inducir a engaño al tercero adquirente de buena fe, si bien no todos estos sujetos podrán ser compelidos para prestar tal garantía del art. 108.3 LJCA, pues tales garantías únicamente podrán ser exigidas a quien ha sido parte en el proceso contencioso-administrativo que ha ordenado la demolición del inmueble por ser contrario al derecho fundamental a la tutela judicial efectiva y, en determinados casos, las administraciones están exentas de prestar fianzas.

⁵⁵ Como acertadamente señaló el magistrado Chamorro González, las administraciones públicas están exentas de la prestación de garantías, tal y como establece el art. 12 Ley

Esto es algo que no ha sido objeto de pronunciamiento por parte del Tribunal Supremo, pero que, por ejemplo, se planteó por parte de un Ayuntamiento y se resolvió en la Sentencia 637/2016 del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, de 27 de octubre de 2016 (rec. 4372/2016)⁵⁶, afirmando el Tribunal que sí le corresponde prestar garantías, pues el art. 173.2 del TRLHL lo permite sobre los bienes patrimoniales⁵⁷:

Y en cuanto a la solvencia de la Administración Local y a lo dispuesto en el artículo 173.2 de la Ley de Haciendas Locales, este precepto contiene la excepción de cuando se trate de bienes patrimoniales no afectados a un uso o servicio público, y el mismo precepto dice seguidamente: «3. El cumplimiento de las resoluciones judiciales que determinen obligaciones a cargo de las entidades locales o de sus organismos autónomos corresponderá exclusivamente a aquéllas, sin perjuicio de las facultades de suspensión o inejecución de sentencias previstas en las leyes. 4. La Autoridad administrativa encargada de la ejecución acordará el pago en la forma y con los límites del respectivo presupuesto. Si para el pago fuere necesario un crédito extraordinario o un suplemento de crédito, deberá solicitarse del Pleno uno u otro dentro de los tres meses siguientes al día de notificación de la resolución judicial». Lo que sí es cierto es que el artículo 108.3 de Ley jurisdiccional habla simplemente de garantías suficientes, por lo que no puede de antemano determinarse que solamente se pueden constituir de una forma concreta, como hace el auto apelado al exigir el depósito de una cantidad de dinero. Además la suficiencia tiene que enjuiciarse en relación con la entidad de las posibles indemnizaciones

52/1997, de 27 de noviembre, de asistencia jurídica al Estado e Instituciones Públicas, en lo que se refiere a la Administración General del Estado, así como lo previsto en el art. 173.2 de la Ley de Haciendas Locales para las entidades locales, y varios Estatutos de Autonomía para las comunidades autónomas. En J. M. Chamorro González, Foro sobre la «Inejecución de sentencias urbanísticas: artículos 105.2 y 108.3 LRJCA», *ElDerecho* [online].

⁵⁶ «El Ayuntamiento alega [...] que el citado artículo 108.3 no determina que sea necesariamente el Ayuntamiento el obligado a la prestación de las garantías suficientes para responder del pago de las indemnizaciones debidas a terceros de buena fe; y que hay una presunción legal y jurisprudencial de solvencia de la Administración Local, y conforme al artículo 173.2 de la Ley de Haciendas Locales ni los tribunales o jueces ni las autoridades administrativas podrán despachar mandamientos de ejecución ni dictar providencias de embargo contra los derechos, fondos, valores y bienes de la hacienda local».

⁵⁷ El cual prevé que: «Los tribunales, jueces y autoridades administrativas no podrán despachar mandamientos de ejecución ni dictar providencias de embargo contra los derechos, fondos, valores y bienes de la hacienda local ni exigir fianzas, depósitos y cauciones a las entidades locales, excepto cuando se trate de bienes patrimoniales no afectados a un uso o servicio público».

de perjuicios, y para ello es necesario conocer quiénes pueden ser los terceros de buena fe y la afectación de sus derechos.

En otra sentencia, el Tribunal Superior de Justicia de Galicia (Sentencia 316/2017, de 22 de junio) reiteró que se podía exigir caución/garantía a la Administración local en aplicación de la norma posterior (incorporación del art. 108.3 LJCA).

La citada ley orgánica es posterior al Texto Refundido de la Ley de Haciendas Locales, y además se trata de una norma que regula un supuesto especial. Lo que dispone prevalece, por ambas razones, sobre la regla general contenida en el precepto que invoca la parte apelante. Lo que dijo esta sala en la sentencia a la que se refiere la parte apelante fue simplemente que, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 108.3 de la Ley jurisdiccional, no se podía exigir a un Ayuntamiento que realizase el depósito de una cantidad de dinero, sino que prestase garantías suficientes, lo que obviamente se puede hacer en cualquiera de las clases admitidas en derecho.

Esta es una cuestión capital, pues si entendiésemos que no es exigible caución o garantía a las administraciones públicas de poco sirve el art. 108.3 LJCA, que vería seriamente reducido su ámbito objetivo de aplicación.

En nuestra opinión, y de una interpretación teleológica y finalista de la norma, sí que cabe entender exigible a la Administración pública la prestación de las garantías exigidas en el art. 108.3 LJCA. Cualquier otra interpretación vaciaría dicho precepto de contenido y aplicabilidad práctica. Si la exención hubiese sido la voluntad del legislador, se podría haber previsto expresamente como sucede en la misma LJCA respecto de la ejecución provisional⁵⁸. En su caso, tal y como propone Martín Papiol⁵⁹, esta garantía de indemnización podría prestarse por diferentes vías, tales como la exigencia de un seguro de responsabilidad de la Administración, mediante la consignación de partidas presupuestarias de la Administración o mediante aval bancario.

IV. CONCLUSIONES

I. El art. 108.3 LJCA resulta de aplicación a todos los supuestos o incidentes en que se plantee el momento, alcance o modo de demolición de una

⁵⁸ En este sentido, el art. 84.5 LJCA que cuando sea una Administración pública quien insta la ejecución provisional quedará exenta de la prestación de caución.

⁵⁹ Véase J. F. Papiol Martín (2017), «Supuestos de demolición con la aparición de terceros de buena fe», *Revista Jurídica de Catalunya*, 1, págs. 93-118.

construcción ilegal, al margen de cuando se haya iniciado el pleito, dictado la sentencia que ordena la demolición o instado el incidente de ejecución.

II. La prestación de garantías suficientes para responder del pago de las indemnizaciones debidas a terceros de buena fe, ante un supuesto de demolición de un inmueble, no se configura ni como un supuesto de inejecución sentencias ni tan siquiera una causa de suspensión en la ejecución.

El art. 108.3 LJCA comporta un deber de hacer —la obligación de prestación de una garantía, con carácter previo a la demolición de un inmueble—, en concepto de tutela cautelar para garantizar y hacer frente a posibles indemnizaciones que se puedan llegar a reconocer en otro procedimiento a terceros de buena fe que resulten afectados.

III. En este sentido, la demolición del inmueble no se debe supeditar ni a la tramitación del expediente administrativo que, en su caso, se tramite paralelamente para otorgar las respectivas indemnizaciones, ni a la sustanciación de un incidente de ejecución, puesto que el art. 108.3 LJCA no permite que se diluciden en este trámite procesal pretensiones indemnizatorias no tratadas en el recurso.

IV. La condición subjetiva de los «terceros de buena fe» a los que se refiere el art. 108.3 LJCA no se deben circunscribir a la de terceros adquirentes de buena fe protegidos por la fe pública registral, pues el derecho a una indemnización no se agota en estos, sino que el concepto ha de extenderse a todos aquellos que puedan hacer valer un derecho a ser indemnizados en su condición de terceros perjudicados.

V. La finalidad del art. 108.3 LJCA es la de proteger la situación de los perjudicados que, en su condición de terceros, no pueden hacer valer su derecho en el proceso declarativo que culminó con una orden de demolición de un inmueble, esto es, a aquellos que disfrutaban de buena fe en una edificación.

VI. La garantía del art. 108.3 LJCA no se refiere a una «indemnización preestablecida y cuantificada», sino que deberá ser el juez o tribunal competente para la ejecución, quien, atendiendo a las circunstancias del caso (personas y bienes afectados, formas de garantía...) fijará las garantías adecuadas, adoptando medidas de coerción y exigiendo responsabilidades de todo tipo hasta que se haya constituido la garantía, voluntaria o forzosa.

VII. Debe ser la Administración pública quien preste las garantías del art. 108.3 LJCA, por cuanto se ha superado el principio de presunción de solvencia de las administraciones públicas, especialmente desde que se contempló la posibilidad de embargo de bienes y derechos no afectos al servicio público, y porque el legislador ha habilitado al juez o tribunal para adoptar las «garantías suficientes».

