

QDL51

**Estudios**

# La regulación del artículo 108.3 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa: demolición de edificaciones ilegales y garantía de las indemnizaciones debidas a terceros de buena fe

ALFREDO GALÁN GALÁN

*Catedrático de Derecho Administrativo  
de la Universitat de Barcelona*

IVÁN RODRÍGUEZ FLORIDO

*Becario doctoral de la Universitat de Barcelona*

1. **La nueva regulación del artículo 108.3 de la Ley 29/1998 de la Jurisdicción Contencioso-administrativa**
2. **El origen del artículo 108.3 de la Ley 29/1998: su génesis parlamentaria**
3. **Las paralelas reformas penal y administrativa: el nuevo artículo 319.3 del Código Penal**
4. **Los antecedentes del artículo 108.3 de la Ley 29/1998: leyes autonómicas y declaración de inconstitucionalidad**
  - 4.1. La vía de la legislación sobre urbanismo en Cantabria
    - 4.1.1. El primer intento: la Ley 2/2011, de 4 de abril, de modificación de la Ley 2/2001, en relación con los procedimientos de indemnización patrimonial en materia urbanística
    - 4.1.2. El segundo intento: la Ley 4/2013, de 20 de junio, del régimen jurídico de las autorizaciones provisionales de edificaciones o actuaciones pre-existentes, así como de adopción de distintas medidas para la agilización de los instrumentos de planeamiento
  - 4.2. La vía de la legislación sobre vivienda en Galicia
5. **El examen de las cuestiones controvertidas que suscita la interpretación del artículo 108.3 de la Ley 29/1998**
  - 5.1. Los efectos del artículo 108.3 de la Ley 29/1998: naturaleza jurídica del condicionamiento de la demolición a la prestación de garantías suficientes

---

*Artículo recibido el 21/10/2019; aceptado el 03/01/2020.*

- 5.2. El ámbito temporal de aplicación del artículo 108.3 de la Ley 29/1998: el régimen transitorio
- 5.3. Los elementos subjetivos del artículo 108.3 de la Ley 29/1998
  - 5.3.1. La determinación del sujeto que debe exigir la prestación de garantías suficientes
  - 5.3.2. La determinación del sujeto beneficiario de la prestación de garantías suficientes
  - 5.3.3. La determinación del sujeto obligado a la prestación de garantías suficientes
- 5.4. Los elementos objetivos del artículo 108.3 de la Ley 29/1998
  - 5.4.1. La determinación de la clase de garantía que debe prestarse
  - 5.4.2. La determinación de la suficiencia de la garantía prestada
  - 5.4.3. La determinación de la noción de “indemnizaciones debidas”
  - 5.4.4. El “inmueble” a demoler sobre el cual debe prestarse garantía
- 5.5. Los elementos procedimentales del artículo 108.3 de la Ley 29/1998

## Resumen

En 2015 se incorporó un apartado tercero al artículo 108 de Ley 29/1998, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, relativo al régimen de ejecución de sentencias en las cuales se ordenase la demolición de un inmueble. De conformidad con dicho precepto, cuando se ordene la demolición se debe exigir, como condición previa, la prestación de garantías suficientes para responder del pago de las indemnizaciones debidas a terceros de buena fe. Se trata de un precepto que en la práctica ha generado múltiples cuestiones, puesto que, además de estar plagado de conceptos jurídicos indeterminados, confronta la protección de los terceros de buena fe con la tutela judicial efectiva y la ejecución de las sentencias. Ante esta tesitura, y en aras de la seguridad jurídica, el Tribunal Supremo se ha erigido como actor principal para colmar las lagunas jurídicas existentes, perfilando el exacto contenido de este precepto y dotando de criterios interpretativos en ejercicio de su función nomofiláctica. El presente trabajo trata de sistematizar los pronunciamientos recaídos hasta el momento y de contextualizar el citado precepto.

Palabras clave: *demolición de inmuebles; terceros de buena fe; ejecución de sentencias; indemnizaciones debidas; artículo 108.3 LJCA.*

## ***The regulation of Article 108.3 of the Law on Contentious-Administrative Jurisdiction: demolition of illegal buildings and guarantee of compensation due to third parties in good faith***

### **Abstract**

*In 2015, a third section was incorporated into article 108 of Law 29/1998, on the Contentious-Administrative Jurisdiction, regarding to the legal framework for the execution of judgments in which the demolition of a property was ordered. In accordance with that provision, when the demolition is ordered, the provision of enough guarantees to respond to the payment of compensation due to third parties in good faith must be required as a precondition. It is a provision that in practice has generated multiple issues. In addition to being plagued with undetermined legal concepts, it confronts the protection of third parties in good faith with effective judicial protection and the execution of judgments. Given this situation, and for the sake of legal certainty, the Supreme Court has established itself as the main actor to fill the existing legal loopholes, outlining the exact content of this provision and providing interpretive criteria in the exercise of its interpretative function. The article pursues to systematize the existing case law and contextualize Art. 108.3 of the Law on Contentious-Administrative Jurisdiction.*

**Keywords:** demolition of buildings; third parties in good faith; execution of judgments; compensations; Art. 108.3 Law on Contentious-Administrative Jurisdiction.

### **1**

#### **La nueva regulación del artículo 108.3 de la Ley 29/1998 de la Jurisdicción Contencioso-administrativa**

El precepto legal nuevo que es objeto de nuestro estudio se ha añadido a la regulación ya existente en materia de ejecución de sentencias. En concreto, como nuevo apartado (tercero) del artículo 108, ubicado dentro del capítulo IV (“Ejecución de sentencias”) del título IV (“Procedimiento contencioso-administrativo”) de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa.

El nuevo artículo 108.3 de la Ley 29/1998 dice así: “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”.

De la simple lectura del precepto, esto es, de su literalidad, se derivan ya las siguientes consecuencias<sup>1</sup>:

- a) El presupuesto para la aplicación del artículo 108.3 de la Ley 29/1998 es que concurra alguno de “los casos” allí descritos. Esta concurrencia requiere el cumplimiento de tres condiciones. Primera: que el juez o tribunal haya declarado contraria a la normativa la construcción de un inmueble. Segunda: que haya ordenado la demolición del inmueble<sup>2</sup> y la reposición a su estado originario de la realidad física alterada. Y tercera: que lo haya ordenado “motivadamente”.
- b) La actividad impuesta al juez o tribunal es la de exigir la prestación de garantías suficientes para responder del pago de las indemnizaciones debidas a terceros de buena fe<sup>3</sup>. Nótese cómo el artículo 108.3 de la Ley utiliza el modo imperativo (“exigirá”).
- c) La prestación de garantías suficientes, en los términos arriba indicados, constituye una “condición previa a la demolición”. Por consiguiente, del tenor literal del precepto parece deducirse que, si no se prestan esas garantías o bien no se prestan en grado suficiente, no podrá procederse a la demolición. Y ello a pesar de que concurra alguno de “los casos” habilitantes, esto es, que un juez o tribunal haya declarado contraria a la normativa la construcción de un inmueble y, además, de manera motivada, haya ordenado su demolición y la reposición al estado originario<sup>4</sup>.

1. TOLOSA TRIBIÑO, C., “La aplicación judicial del art. 108.3 LJCA: certezas e incertidumbre”, *Revista de Urbanismo Lefebvre-el Derecho*, núm. 62, 2018.

2. Al respecto, debemos tener presente que el Tribunal Supremo ha sido categórico al afirmar que la demolición de las construcciones ilegítimas es un pronunciamiento implícito en las declaraciones de ilegalidad de los títulos administrativos en los que se ampara (SSTS de 23 de septiembre de 2003, RJ 2003/7186, y 7 de junio de 2005, RJ 2005/5244) que incluso no requiere que haya sido solicitada por las partes, sino que es una consecuencia irremediablemente derivada de la acción de nulidad (STS 18 de febrero de 2009, RJ 2009/2834).

3. Sobre los motivos que complican la ejecución de las resoluciones judiciales que comportan la demolición de inmuebles ilegalmente contruidos se recomienda la lectura de CASTANEDO GARCÍA, M.<sup>a</sup> E., “Examen del nuevo apartado tercero del artículo 108 de la Ley de la Jurisdicción contencioso-administrativa”, en NAVARRO VEGA, M.<sup>a</sup> B. (coord.), *Recientes reformas de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, págs. 214-217.

4. CALATAYUD PRATS, I., “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*, núm. 52, 2016, págs. 75-101.

- d) La regla general descrita en el apartado precedente, es decir, que no cabe la demolición si no se han prestado garantías suficientes, encuentra una excepción expresa en el artículo 108.3 de la Ley: “salvo que una situación de peligro inminente lo impidiera”. En esta hipótesis, deberá procederse a la demolición aunque no haya prestación de garantías suficientes. La justificación de la excepción se encuentra, obviamente, en la urgencia de poner fin a la “situación de peligro” que, además, debe de ser “inminente”.

## 2

### **El origen del artículo 108.3 de la Ley 29/1998: su génesis parlamentaria**

Se ha añadido el apartado 3 al artículo 108 como consecuencia de la modificación de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa operada por la Ley orgánica 7/2015, de 21 de julio, de reforma de la Ley Orgánica del Poder Judicial. En efecto, la disposición final tercera de la Ley Orgánica 7/2015 modifica varios artículos de la Ley 29/1998. En concreto, su apartado 4 “introduce un nuevo apartado 3 en el artículo 108, con la siguiente redacción: (...)”.

Sorprende que el preámbulo de la Ley Orgánica 7/2015 no contenga una justificación de la reforma que estamos examinando. Aún más, ni siquiera aparece mencionada. En su apartado XII, se limita a afirmar que “como complemento al articulado [que introduce las modificaciones en la Ley Orgánica del Poder Judicial] se introducen seis disposiciones adicionales, nueve transitorias y diez finales”. Entre las disposiciones finales, únicamente se hace mención a la cuarta, que modifica la Ley de Enjuiciamiento Civil, y, después, a la tercera, que modifica la Ley 29/1998. En relación con esta última, sin embargo, el preámbulo se centra únicamente en la reforma que se lleva a cabo sobre el recurso de casación en el orden jurisdiccional contencioso-administrativo. El protagonismo de esta modificación ha eclipsado a las otras de la Ley 29/1998, incluida la que estamos examinando, hasta el punto de que, como hemos adelantado, ni siquiera han merecido una alusión por el legislador.

Para encontrar la motivación de la reforma que supone el artículo 108.3 de la Ley 29/1998 hemos de acudir a su origen, esto es, a su génesis parlamentaria<sup>5</sup>. El examen de su tramitación en las Cortes nos permite constatar, de

5. Asimismo, cabe invocar como antecedente indirecto del citado precepto el Informe Auken, aprobado por resolución del Pleno del Parlamento Europeo el 26 de marzo de 2009

entrada, que esta modificación no estaba incorporada en el Proyecto de Ley de reforma de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Su interés se centraba, en lo referente a la Ley 29/1998, en la nueva regulación que se quería ofrecer del recurso de casación, en torno a la noción del interés casacional objetivo<sup>6</sup>. Hemos de esperar hasta que la iniciativa llegue al Senado para encontrar, por primera vez, señales de la propuesta de modificar el artículo 108 de la Ley 29/1998 por la vía de adicionarle un nuevo apartado 3<sup>7</sup>.

A través de dos enmiendas de adición, de contenido idéntico e igual justificación, presentadas, respectivamente, por el Grupo Parlamentario Socialista (enmienda núm. 130) y por el Grupo Parlamentario Entesa pel Progrés de Catalunya (enmienda núm. 279), se propuso la introducción de un nuevo apartado 3 en el artículo 108 de la Ley 29/1998 con la siguiente redacción: “En cualquier caso los jueces y tribunales, en los casos en que, además de declarar contraria a la normativa la construcción de un inmueble, ordenen motivadamente la demolición del mismo y la reposición a su estado originario de la realidad física alterada, garantizarán, como condición previa a la demolición, el pago de las indemnizaciones debidas a terceros de buena fe”<sup>8</sup>.

El contenido de las enmiendas presentadas se corresponde mucho con la redacción finalmente aprobada. Pero no en su totalidad. Se detectan, en efecto, algunas diferencias entre ambos textos. Discrepancias que, a nuestro juicio, y en orden a su relevancia, pueden ser agrupadas del modo siguiente.

Existen, de entrada, algunos cambios que nos parecen menores, más bien de estilo. Así, de entrada, la referencia al juez o tribunal en plural (en las enmiendas) o bien en singular (redacción final). También, en segundo lugar, la referencia que se hace a los jueces “y” tribunales (en las enmiendas) o

---

(ponente Sra. Margrete Auken), 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]). En dicho Informe se instaba a las autoridades españolas, entre otras cuestiones, a establecer mecanismos judiciales y administrativos operativos que permitiesen acelerar el acceso a la justicia y la indemnización a las víctimas de abusos urbanísticos.

6. Precisamente uno de los temas más recurrentes del nuevo sistema casacional ante el Tribunal Supremo ha sido la interpretación de este artículo 108.3 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, sobre el cual se han llegado a dictar un total de 16 autos de admisión de recursos de casación por parte de la Sección de Admisión del Tribunal Supremo para abordar distintos aspectos controvertidos de este precepto.

7. Sobre el citado precepto se recomienda la lectura de BARDAJÍ PASCUAL, G., “Sobre el nuevo apartado 3 del artículo 108 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa relativo a la demolición de construcciones declaradas ilegales por sentencia”, en RECUERDA GIRELA, M. A. (dir.), *Problemas prácticos y actualidad del derecho administrativo. Anuario de Derecho Administrativo 2016*, Civitas, Madrid, 2016, págs. 737-754.

8. Boletín Oficial de las Cortes Generales, apartado I, núm. 542-3607, de 16 de junio de 2015.

al juez “o” tribunal (redacción final). Por último, el cambio de la expresión “en cualquier caso” (en las enmiendas) por “en los casos” (redacción final), seguramente justificado por la introducción –en la redacción final– de una excepción a la regla, en los términos que ahora veremos. La redacción de las enmiendas, por lo demás, es idéntica a la del artículo 319.3 del Código Penal, que toma como referente.

En segundo término, hay cambios que parecen sustantivos y de mayor relevancia. Por lo pronto, como hemos avanzado, la introducción, en la redacción final, de una excepción a la regla según la cual el juez o tribunal debe exigir la prestación de garantías suficientes como condición previa a la demolición: no aparece en las enmiendas, pero sí en la redacción final, que tal cosa deberá exigirse “salvo que una situación de peligro inminente lo impidiera”.

También cambia, en segundo lugar, la descripción normativa dada de aquello que se impone al juez o tribunal. En efecto, en las enmiendas lo requerido es: “garantizarán [jueces y tribunales] (...) el pago de las indemnizaciones debidas a terceros de buena fe”. Sin embargo, la redacción definitiva es otra: “exigirá [juez o tribunal] (...) la prestación de garantías suficientes para responder del pago de las indemnizaciones debidas a terceros de buena fe”.

El cambio –también de sentido– es notable: queda ahora claro que aquello a lo que está obligado el juez o tribunal no es a garantizar él mismo el pago de la indemnización (“garantizarán”), sino a exigir –a otro sujeto distinto– que se presten las garantías –que, además, ahora se exige expresamente que sean suficientes– para asegurar (“responder”) aquel pago de la indemnización (“exigirá”)<sup>9</sup>.

La motivación de la enmienda –común en ambos casos– es escueta: “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”<sup>10</sup>.

De la lectura de la motivación se deriva la búsqueda de un doble fundamento de las enmiendas. Por un lado, se justifica la iniciativa poniendo en evidencia la finalidad buscada con la nueva regulación (“en aras de fomentar la seguridad jurídica y el tráfico jurídico, para proteger el derecho de

9. Véase GARCÍA MORAGO, H., “Reflexiones a propósito del nuevo apartado 3 del artículo 108 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, y sobre el nuevo artículo 103 bis de la Ley Hipotecaria”, *Revista de Urbanismo Lefebvre-el Derecho*, núm. 35, 2015.

10. Véase MEDIAVILLA CABO, J. V., “Reflexiones en relación al artículo 108.3 de la Ley reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa”, *Revista Jurídica de Castilla y León*, núm. 43, 2017, págs. 21-40.



propiedad”), aspecto este del que nos ocuparemos más adelante<sup>11</sup>. Y, por el otro, explicitando el paralelismo de la modificación propuesta con la reforma ya operada en el Código Penal, ambas (“de forma análoga”) dirigidas a “proteger a terceros adquirentes de buena fe”.

Resulta muy discutible compartir, por lo demás, que la reforma propuesta con estas enmiendas, de hondo calado y que se formaliza en la adición de un nuevo apartado a un artículo de la Ley 29/1998, pueda calificarse como una mera “mejora técnica”<sup>12</sup>.

Las enmiendas que estamos examinando no se aprobaron en el Informe de la Ponencia, sino, posteriormente, en el Pleno del Senado.

### 3

#### **Las paralelas reformas penal y administrativa: el nuevo artículo 319.3 del Código Penal**

El artículo 319 del Código Penal está situado en el capítulo I (“De los delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo”) de su título XVI (“De los delitos relativos a la ordenación del territorio y el urbanismo, la protección del patrimonio histórico y el medio ambiente”). La Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, de modificación de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, en el apartado 171 de su artículo único, ha modificado el contenido del apartado 3 del citado artículo 319, que queda redactado del siguiente modo: “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

11. En este sentido, tal como apunta Ezquerro Huerva, la finalidad de dicho precepto es impedir los efectos de todos aquellos pronunciamientos judiciales para 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 del cumplimiento y la ejecución de la sentencia. Véase EZQUERRA HUERVA, A., “La protección de los adquirentes de buena fe frente a la ejecución de sentencias que ordenan la demolición de inmuebles”, en GIFREU FONT, J., BASSOLS COMA, M. y MENÉNDEZ REXACH, A. (dirs.), *El derecho de la ciudad y el territorio. Estudios en homenaje a Manuel Ballbé Prunés*, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 2016, pág. 877.

12. Al respecto de si la modificación normativa merece un juicio positivo o negativo se recomienda la lectura de GONZÁLEZ BOTIJA, F. y RUIZ LÓPEZ, M. A., “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*, núm. 35, 2015, págs. 23-45.

la demolición a la constitución de garantías que aseguren el pago de aquellas. En todo caso se dispondrá el decomiso de las ganancias provenientes del delito cualesquiera que sean las transformaciones que hubieren podido experimentar”.

Comparando la redacción anterior con la nueva, se descubre que el objeto de la reforma ha sido introducir un inciso en el precepto, con la finalidad de permitir condicionar la demolición a la constitución de garantías que aseguren el pago de las indemnizaciones debidas a terceros de buena fe. En concreto, el inciso añadido es el siguiente: “y valorando las circunstancias, y oída la Administración competente, condicionarán temporalmente la demolición a la constitución de garantías que aseguren el pago de aquellas”. En el preámbulo de la Ley Orgánica 1/2015 no se incluye la justificación de esta reforma, es más, ni siquiera aparece mencionada.

La existencia de una conexión entre las reformas del artículo 319.3 del Código Penal y del artículo 108.3 de la Ley 29/1998 parece evidente. Y no solamente por la cercanía temporal de las modificaciones. Primero la reforma penal, a través de la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, de modificación del Código Penal, y, muy poco tiempo después, la reforma procesal administrativa, operada por la Ley Orgánica 7/2018, de 21 de julio, de modificación de la Ley Orgánica del Poder Judicial, y que además, entre otras leyes, también modifica la Ley 29/1998. Más allá de los tiempos, el contenido de los cambios introducidos en ambos artículos pone de manifiesto una voluntad coordinada del legislador. Cabe recordar, en este punto, la motivación común de las enmiendas presentadas en el Senado y que están en el origen del artículo 108.3 de la Ley 29/1998. En ellas, se justificaba la reforma administrativa diciendo que se propone “de forma análoga al cambio introducido en el Código Penal para proteger a terceros adquirentes de buena fe”. No obstante, a nuestro parecer, habría resultado más lógico tocar primero la legislación procesal administrativa y solamente con posterioridad la normativa penal.

Es de interés realizar una comparación entre las nuevas redacciones del artículo 319.3 del Código Penal y del artículo 108.3 de la Ley 29/1998, pues la comparación entre ambas regulaciones arroja diferencias sustanciales en cuanto a las potestades de cada órgano jurisdiccional<sup>13</sup>.

Ambas reformas tienen en común, de entrada, la finalidad buscada: la protección de terceros de buena fe. Recuérdesse, de nuevo, la motivación de

13. Véase SÁNCHEZ LAMELAS, A., “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.

las enmiendas apenas citadas, según las cuales, “de forma análoga” a la reforma penal, la posterior administrativa tiene lugar “para proteger a terceros adquirentes de buena fe”. Y, en segundo lugar, ambos preceptos pretenden conseguir este objetivo de una misma forma: mediante el condicionamiento de la demolición a la existencia de garantías que aseguren el pago de las indemnizaciones que se les deban. Se afirma, de este modo, que la demolición quedará “condicionada temporalmente” (artículo 319.3 del Código Penal), o bien que tendrá como “condición previa” la existencia de las indicadas garantías.

A pesar de esta conexión teleológica, la literalidad de los preceptos no es del todo coincidente. En este sentido, pueden destacarse las siguientes diferencias, que, como ahora veremos, no son tan sustanciales como pudiera deducirse de una lectura apresurada. Bajo el presupuesto, claro está, de que los preceptos examinados se dirigen a jueces o tribunales de órganos jurisdiccionales distintos: el artículo 319.3 del Código Penal al juez penal, mientras que el artículo 108.3 de la Ley 29/1998 al juez contencioso-administrativo.

Una primera diferencia parece referirse al margen de libertad de que dispone el juez a la hora de tomar la decisión de condicionar la demolición a la prestación de las garantías. El juez contencioso-administrativo, según reza la literalidad del artículo 108.3 de la Ley 29/1998, no dispone de ningún margen. Este precepto emplea el modo imperativo para imponerle (“exigirá”) la reclamación de la prestación de las garantías. El único espacio dejado a la valoración de este juez es, en su caso, la determinación de la concurrencia de la excepción, definida legalmente con conceptos jurídicos indeterminados (“situación de peligro” e “inminencia”). En cambio, el artículo 319.3 del Código Penal no ata tan en corto al juez penal, puesto que deberá tomar su decisión “valorando las circunstancias” y, además, “oída la Administración competente”. Realizadas estas operaciones, el juez penal tomará la decisión que considere oportuna, por mucho que el tenor literal del precepto emplee el modo imperativo (“condicionarán”).

Dicho de otra manera, no tiene sentido exigir legalmente al juez penal que valore las circunstancias concurrentes en el caso y, además, que escuche a la Administración competente, si estas actuaciones no pueden tener ninguna incidencia en la decisión a adoptar, por el hecho de que necesariamente deba ser positiva al condicionamiento de la demolición. Ahora bien, siendo esto cierto, también lo es, a nuestro juicio, que la diferencia entre ambos preceptos realmente no es tan notoria.

De entrada, porque parece razonable suponer que el juez contencioso-administrativo no adoptará la medida de impedir –siquiera temporalmente– una demolición sin escuchar antes a la Administración que la haya

ordenado. Y, además, porque la imposición que hace el Código Penal al juez penal de que “valore las circunstancias” puede reconducirse, al menos parcialmente, a la excepción prevista en la Ley 29/1998 y que permite al juez contencioso-administrativo no condicionar la demolición. Dicho de otro modo, las “circunstancias” que deben ser valoradas por el juez penal son identificables –en parte– a la existencia de una “situación de peligro inminente”.

Como segunda diferencia, el artículo 319.3 del Código Penal advierte el carácter temporal de la condición a la que se somete la demolición (“condicionarán temporalmente”). Esta advertencia no aparece, en cambio, en el artículo 108.3 de la Ley 29/1998 (“condición previa”). No obstante, la lógica de ambos preceptos es la misma: no debe procederse a la demolición hasta que no se hayan prestado las garantías que aseguren el pago de las indemnizaciones que se deban a terceros de buena fe. Por tanto, como resulta conforme a su esencia, también la de la Ley 29/1998 es una condición temporal.

Por último, cabe señalar que el artículo 108.3 de la Ley 29/1998 matiza que las garantías exigidas deben ser “suficientes”. Cosa que no se hace en el artículo 319.3 del Código Penal. A pesar de ello, no cabe duda de que el juez penal debe entender cumplida la condición únicamente cuando, a su juicio, las garantías constituidas sean suficientes. Porque –y esto es un elemento común en ambos casos– la estimación de la suficiencia de las garantías corresponde al juez, ya sea el penal o el contencioso-administrativo, disponiendo aquí de otro ámbito de valoración.

#### 4

#### **Los antecedentes del artículo 108.3 de la Ley 29/1998: leyes autonómicas y declaración de inconstitucionalidad**

Los primeros intentos legislativos de proteger a los terceros de buena fe, en el caso de demolición de inmuebles, se encuentran en la legislación autonómica. En concreto, en la legislación urbanística y en la de vivienda, en la búsqueda de una cobertura competencial autonómica. No obstante, el denominador común a todos estos intentos ha sido su declaración de inconstitucionalidad por el Tribunal Constitucional, precisamente por invasión de la competencia exclusiva del Estado en materia de legislación procesal (artículo 149.1.6 de la Constitución). A la vista del fracaso de esta vía<sup>14</sup>, ha sido cuando el legislador

14. La conexión entre el artículo 108.3 de la Ley 29/1998 y sus antecedentes autonómicos es puesta de manifiesto incluso por los órganos jurisdiccionales, como sucede en el Auto, de 18 de abril de 2016, del Juzgado de lo Contencioso-administrativo número 1 de Santander

estatal ha impulsado la nueva redacción del artículo 108 de la Ley 29/1998 y, en concreto, la adición de su apartado 3.

## 4.1

### La vía de la legislación sobre urbanismo en Cantabria

En Cantabria se han realizado dos intentos, ambos fracasados tras las correspondientes sentencias del Tribunal Constitucional. En los dos casos la vía empleada fue la reforma de la Ley 2/2001, de 25 de junio, de Ordenación Territorial y Régimen Urbanístico del Suelo de Cantabria.

#### 4.1.1

#### **El primer intento: la Ley 2/2011, de 4 de abril, de modificación de la Ley 2/2001, en relación con los procedimientos de indemnización patrimonial en materia urbanística**

La Ley 2/2011, de 4 de abril, de modificación de la Ley 2/2001, entre otras medidas, introduce una nueva disposición adicional sexta a la Ley 2/2001, relativa a la tramitación de los expedientes en materia de responsabilidad patrimonial derivada de actuaciones en materia urbanística. Pues bien, su apartado 4, párrafo quinto, establecía lo siguiente: “Solo se podrá proceder a la demolición cuando haya finalizado el procedimiento de determinación de la responsabilidad patrimonial, se haya establecido en su caso el importe de indemnización y se haya puesto este a disposición del perjudicado”.

En el preámbulo de la Ley 2/2011 se encuentra una clara justificación de la reforma operada. De entrada, se constata la existencia de un problema no resuelto satisfactoriamente: “No es posible desconocer que cuando la restauración de la legalidad urbanística exige la adopción de la más rigurosa

---

(rec. núm. 185/1999), al afirmar: “Con dos sentencias constitucionales sobre esta materia y una doctrina que permite hacer interpretaciones conformes al derecho a la tutela judicial efectiva, en su vertiente de ejecución del fallo, es posible conciliar el sentido del art. 108.3 LJ con el art. 24 CE, 105.a y 2 LJ, reforma introducida tras el fracaso de dos normas autonómicas dirigidas a resolver el problema jurídico, social y político generado por la obligación que pesa, aún pendiente, de cumplir los fallos firmes y demoler las viviendas e inmuebles afectados. Este nuevo precepto, consecuencia de esta situación (pero sin mención alguna en la exposición de motivos de la Ley que la introduce), ha de interpretarse conforme al texto constitucional para evitar, de nuevo, el mismo problema surgido con la Ley autonómica 2/2011, respetando el derecho fundamental de quien ha obtenido un fallo a su favor” (fundamento de derecho segundo).

de las medidas, la demolición de lo indebidamente edificado, su ejecución acarrea negativas consecuencias para los terceros adquirentes de buena fe de los inmuebles afectados, que, habiendo sido ajenos, normalmente, a la comisión de la infracción, de la que suelen tener noticia posteriormente, se ven privados de uno de los más relevantes bienes de su patrimonio, en ocasiones afectado al pago de un préstamo que habrán de afrontar en todo caso sin poder disfrutar del inmueble. Estas consecuencias se tornan aún más gravosas cuando en el inmueble que hay que demoler el propietario tiene su vivienda habitual”.

Seguidamente, se reconoce el mecanismo jurídico para el resarcimiento del daño<sup>15</sup>: “En estos casos, el ordenamiento jurídico configura el reconocimiento de la responsabilidad patrimonial de la Administración como el mecanismo adecuado para resarcir tales perjuicios, compitiendo a los poderes públicos el dotar a los perjudicados de eficaces herramientas para conseguir la pertinente restitución patrimonial”. Finalmente, se afirma que, con la reforma, se pretenden introducir las “modificaciones normativas necesarias para que a los propietarios sobre los que pesan sentencias firmes de derribo, como consecuencia de la ilegalidad de la licencia concedida, se les garantizara la indemnización del perjuicio patrimonial con carácter previo al efectivo derribo del inmueble”.

En concreto, con la Ley de reforma “se pretende incorporar a la legislación urbanística de Cantabria una previsión que (...) dentro del marco establecido por la legislación administrativa estatal, permita el abono de la indemnización con carácter previo al derribo efectivo de los inmuebles. Se trata así de evitar que a los propietarios afectados se les prive de sus inmuebles sin que por la Administración responsable del perjuicio se atiendan sus legítimas pretensiones de forma inmediata, dando una pronta respuesta a su petición resarcitoria, y evitando, al propio tiempo, que el perjudicado tenga que esperar a verse privado del inmueble, momento en el que se verifica realmente el daño, para incoar un largo proceso ante las Administraciones primero, y eventualmente ante los tribunales, para conseguir ese resarcimiento patrimonial”.

Quizá consciente de las posibles críticas que pudiera recibir la Ley desde la perspectiva competencial, su preámbulo termina justificando que ha sido dictada sin afectar las competencias estatales y al amparo de títulos competenciales propios, en concreto, las competencias autonómicas atribuidas por el Estatuto de Autonomía de Cantabria sobre urbanismo, vivienda, organi-

15. CORTINES GONZÁLEZ DE RIANCHO, F., “El problema de la responsabilidad por las sentencias de derribo en Cantabria”, *Revista Práctica Urbanística*, núm. 110, 2011.

zación administrativa propia y especialidades procedimentales derivadas de la propia organización: “Las previsiones legales no alteran en modo alguno el régimen general de responsabilidad patrimonial, ni prejuzgan la Administración responsable, ni desde luego inciden sobre las diversas modalidades indemnizatorias que puedan existir al margen del sistema de responsabilidad patrimonial, a través de fórmulas urbanísticas que, como transferencias de aprovechamiento, garanticen la indemnidad del patrimonio de los particulares. Estos extremos se recogen en la normativa general, en cuyo marco se incardina la presente regulación. Se trata, por tanto, de previsiones que se incorporan al ordenamiento autonómico de índole exclusivamente procedimental, encontrando acomodo en las competencias autonómicas sobre urbanismo y vivienda, organización administrativa propia, y especialidades procedimentales derivadas de la propia organización (artículo 24, apartados 1 y 3, y artículo 32 del Estatuto de Autonomía para Cantabria)”.

La Sentencia del Tribunal Constitucional 92/2013, de 22 de abril<sup>16</sup>, dictada como consecuencia del planteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria, declaró la inconstitucionalidad y, por tanto, la nulidad, del precepto legal que estamos examinando, esto es, del párrafo quinto del apartado 4 de la disposición adicional sexta de la Ley 2/2001.

El reproche de inconstitucionalidad formulado por el órgano judicial frente al precepto legal cuestionado de la disposición adicional sexta es “que en ella se introduce una causa de suspensión de la ejecución judicial de las sentencias que llevan aparejada la demolición de obras declaradas ilegales, lo que vulneraría la competencia estatal exclusiva en materia de legislación procesal –artículo 149.1.6 de la Constitución–” (fundamento jurídico segundo). De manera coherente, la sentencia centra la cuestión a resolver “en la pretendida vulneración de la competencia estatal exclusiva sobre legislación procesal (artículo 149.1.6 de la Constitución) por el párrafo 5 del apartado cuarto de la disposición adicional sexta cuestionada por el Tribunal Superior de Justicia de Cantabria” (fundamento jurídico cuarto).

La declaración de inconstitucionalidad se fundamenta por el Tribunal Constitucional con el siguiente razonamiento: “La conclusión de lo anteriormente expuesto es que la norma cuestionada incide en la regulación de la ejecución de sentencias mediante la introducción de un trámite (el de determinación de la eventual responsabilidad patrimonial en que pudiera haber incurrido

16. Véase MARTIN REBOLLO, L., “Ejecución de sentencias de derribo y técnicas obstruccionistas (A propósito de la STC 92/2013, de 22 de abril)”, *Revista de urbanismo y edificación*, núm. 28, 2013.



la Administración urbanística) ajeno a la propia ejecución de la sentencia y que tiene el efecto de paralizar la misma mientras sustancia, decide y, en su caso, ejecuta mediante el pago. Tal regulación, como acabamos de ver, no tiene cobertura competencial en los títulos aducidos por los órganos de la Comunidad Autónoma, de modo que se invade la competencia exclusiva del Estado en materia de legislación procesal prevista en el artículo 149.1.6 de la Constitución, sin que, tal como admiten todos los que han intervenido en este proceso constitucional, concurra especialidad alguna en el derecho sustantivo autonómico que lo justifique en términos constitucionalmente admisibles conforme al indicado precepto constitucional”. Y prosigue: “Qué duda cabe de que los órganos judiciales deberán ponderar la totalidad de los intereses en conflicto a la hora de hacer ejecutar sus resoluciones y que no cabe descartar que tal ponderación pudiera llevar al órgano judicial a acomodar el ritmo de la ejecución material de las demoliciones que hayan de tener lugar a las circunstancias concretas de cada caso. Pero lo que resulta incompatible con la reserva estatal en materia de legislación procesal –artículo 149.1.6 de la Constitución– 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 artículo 117.3 de la Constitución que resulta igualmente vulnerado” (fundamento jurídico sexto).

#### 4.1.2

#### **El segundo intento: la Ley 4/2013, de 20 de junio, del régimen jurídico de las autorizaciones provisionales de edificaciones o actuaciones preexistentes, así como de adopción de distintas medidas para la agilización de los instrumentos de planeamiento**

La Ley 4/2013, de 20 de junio, vuelve a modificar la Ley 2/2001, de 25 de junio, de Ordenación Territorial y Régimen Urbanístico del Suelo de Cantabria. En lo que ahora nos interesa destacar, se le añade un nuevo artículo 65.bis, con la rúbrica “autorización provisional de edificaciones o actuaciones preexistentes”. En breve, el supuesto contemplado es aquel en el que se ha iniciado el procedimiento para la modificación del planeamiento urbanístico. En este contexto, la nueva regulación permite que los propietarios de edificaciones de-



claradas previamente ilegales (de conformidad con el planeamiento vigente y que ahora se quiere cambiar) y sobre los que pesa una orden de derribo, puedan obtener una autorización de carácter provisional. El requisito para su obtención es la previa comprobación de que la edificación en cuestión resulta compatible con el nuevo planeamiento en tramitación. El efecto de esta autorización es que, mientras despliegue sus efectos, las edificaciones se mantendrán en la situación en que se encuentren y resultándoles de aplicación el régimen previsto para los edificios fuera de ordenación. La consecuencia práctica es la paralización de la resolución, administrativa o judicial, que ordena el derribo de la edificación.

Es en el sentido arriba indicado como debe entenderse el apartado 1 del nuevo artículo 65 bis: “Iniciado el procedimiento dirigido a la formación, modificación o revisión de los planes urbanísticos y demás instrumentos de planeamiento, y para impedir que se generen perjuicios irreparables al interés público o a los propietarios de edificaciones o actuaciones que, habiendo sido previamente declaradas ilegales y sobre las que hubiesen recaído órdenes de demolición administrativas o judiciales, puedan resultar conformes con la nueva ordenación que se está tramitando, el órgano municipal competente para aprobar inicialmente el plan podrá otorgar, de oficio o a instancia de los interesados, autorizaciones provisionales que afecten a dichas edificaciones o actuaciones preexistentes, previa comprobación de que resultan conformes con el nuevo planeamiento municipal en tramitación. Si el procedimiento se inicia a solicitud del interesado, transcurrido el plazo de tres meses sin haberse notificado resolución alguna podrá entender desestimada su petición”.

Por su parte, los efectos de la autorización se determinan en el apartado 2 del artículo 65.bis: “Las autorizaciones provisionales supondrán que, durante el tiempo en el que desplieguen efectos, esas edificaciones o actuaciones se mantendrán en la situación en que se encuentren y les será de aplicación el régimen previsto para los edificios fuera de ordenación”.

La extinción de la autorización, que es provisional, se producirá por las causas fijadas en el apartado 4 del artículo 65.bis: “Los efectos de las autorizaciones provisionales se extinguirán en cualquiera de los siguientes supuestos: a) Cuando las edificaciones o construcciones preexistentes obtengan una nueva licencia de obra. Al no tratarse de obras de nueva construcción, y siempre que las edificaciones preexistentes estuviesen concluidas, los requisitos relativos a las condiciones técnicas de la edificación que tendrán que cumplirse para obtener la nueva licencia de obra serán los exigidos por la legislación vigente en la fecha en la que fue concedida la licencia que permitió la efectiva construcción de las mismas. b) Cuando las autorizaciones provisionales resulten contrarias a lo aprobado posteriormente en la aprobación inicial, provisional o definitiva del instrumento de planeamiento. Esta circunstancia será puesta de manifies-

to por la autoridad urbanística competente para llevar a cabo la aprobación correspondiente del instrumento de planeamiento, sin que en ningún caso el incumplimiento de esta obligación suponga la eficacia de las autorizaciones provisionales. c) Cuando transcurran cuatro años desde su otorgamiento”.

El preámbulo de la Ley 4/2013 explica claramente el sentido de la reforma y su fundamento. Comienza con la exposición del problema a resolver: “En muchos casos se está tramitando la formación, modificación o revisión de planeamiento que contempla ordenaciones conforme a las cuales, edificaciones o actuaciones que habían sido declaradas ilegales previamente, podrían obtener nuevas licencias de obra una vez que dichos planeamientos entrasen en vigor. En estos supuestos, si se demoliera lo que resulta conforme con el planeamiento municipal en tramitación antes de su aprobación definitiva, se daría la paradoja de que se podría volver a construir lo que acababa de ser demolido, con lo que se causarían perjuicios irreparables a los propietarios de dichas construcciones y, en muchos casos, al interés público”.

Más adelante se indica el instrumento jurídico con el que se quiere afrontar la situación: “Se crea así una nueva figura jurídica o institución, como son las autorizaciones provisionales de edificaciones o actuaciones preexistentes, con un régimen jurídico propio y específico. En este caso, al igual que ocurre con los acuerdos de suspensión de licencias, durante la tramitación del planeamiento, e incluso con anterioridad a la aprobación inicial, se adoptan decisiones de naturaleza cautelar y transitoria para buscar una coherencia entre la situación fáctica existente y el nuevo planeamiento que se está tramitando”. Y se adelantan los efectos reconocidos a esta autorización provisional: “Para conseguir la finalidad que se persigue, la autorización provisional supondrá que mientras duren sus efectos las construcciones preexistentes a las que se refiere se mantendrán en la situación en que se encuentren y se les aplicará el régimen jurídico de los edificios fuera de ordenación. Y ello hasta que se obtenga una nueva licencia de obra, o hasta que aprobado definitivamente el planeamiento resulte que lo construido no resulta compatible con el mismo, o bien, si no se da ninguno de los dos supuestos anteriores, hasta que transcurran cuatro años desde su otorgamiento”.

La Sentencia del Tribunal Constitucional 254/2015, de 30 de noviembre<sup>17</sup>, dictada nuevamente como consecuencia del planteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria, declaró la inconstitucionalidad y,

17. Véase PULIDO QUECEDO, M., “A vueltas con la ‘suspensión’ autonómica de órdenes de demolición judiciales a la luz del art. 105.2 de la LJCA. (Comentario a la STC 254/2015, de 30 de noviembre)”, *Revista de Urbanismo Lefebvre-El Derecho*, núm. 38, 2016.

por tanto, la nulidad, de parte del precepto legal que estamos examinando, en concreto, del inciso “o judiciales” del apartado 1 del nuevo artículo 65.bis de la Ley 2/2001.

Se fundamenta el fallo del Tribunal Constitucional en el hecho de que el precepto impugnado suspende la ejecución de sentencias firmes de demolición, invadiendo las competencias estatales en materia procesal y la competencia judicial en materia de ejecución de sentencias: “el precepto cuestionado regula (...) la ejecución de las sentencias en el proceso contencioso-administrativo creando una causa de suspensión específica en relación con las sentencias que ordenan la demolición de edificios ilegales, procediendo, por tanto, la aplicación de la doctrina que hemos establecido recientemente (...) de acuerdo con la cual resulta incompatible con la reserva estatal en materia de legislación procesal –artículo 149.1.6 de la Constitución– que el legislador autonómico establezca una causa de suspensión o aplazamiento de la ejecución de las sentencias que implican el derribo de las edificaciones, determinando que la ejecución de la sentencia –como es aquí el caso por lo anteriormente expuesto– termina por escapar del control judicial, único competente para hacer ejecutar lo juzgado a tenor de lo dispuesto en el artículo 117.3 de la Constitución” (fundamento jurídico tercero).

## 4.2

### La vía de la legislación sobre vivienda en Galicia

La otra comunidad autónoma en la que se ha hecho el intento legislativo es Galicia, articulado a través de su Ley 8/2012, de 29 de junio, de vivienda, en concreto, de su disposición adicional sexta (“Derecho a la vivienda y necesaria asunción por la Administración de sus responsabilidades económicas con carácter previo a la demolición e impedimento de usos”). Este precepto condicionaba la demolición del inmueble, por orden administrativa o judicial, que constituya vivienda, a la previa resolución de un procedimiento administrativo de responsabilidad patrimonial de la Administración.

El apartado primero de la mencionada disposición adicional sexta reconoce el derecho al titular de la vivienda a continuar residiendo en ella hasta la determinación de la indemnización que le corresponda: “Los titulares de las viviendas construidas al amparo de un título anulado tienen derecho a residir en el inmueble mientras no se determine por la Administración competente, a través del correspondiente procedimiento de responsabilidad patrimonial, el alcance de la indemnización a que, en su caso, tengan derecho”. Y se añade, en un segundo párrafo: “En estos supuestos será aplicable lo dispuesto

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

Complementa esta regulación el apartado segundo, según el cual: “A estos efectos, el acto administrativo o sentencia firme que determine la anulación del título y conlleve la reposición de la legalidad urbanística y la demolición de lo construido, por no ser las obras legalizables por su incompatibilidad con el ordenamiento urbanístico, llevará consigo, como efecto legal necesario, la apertura de oficio del procedimiento de responsabilidad patrimonial”.

Destacamos, finalmente, el apartado 7: “Si la resolución del procedimiento determina la existencia de responsabilidad patrimonial de la Administración concedente del título y el derecho a una indemnización a la persona titular de la vivienda, la Administración deberá proceder a ejecutar la demolición del inmueble y a impedir definitivamente los usos a que diese lugar. Será requisito necesario el previo pago o consignación a disposición de la persona titular de la vivienda de la indemnización, y tendrá derecho, mientras tanto, a residir en ella”.

La justificación contenida en el prólogo de la Ley gallega es breve y poco explicativa. En efecto, en relación con la disposición adicional sexta, se limita a afirmar lo siguiente: “Asimismo, se establece una medida encaminada a garantizar el derecho a la vivienda de los titulares de las mismas cuando las viviendas hubiesen sido construidas al amparo de un título anulado, de tal manera que la Administración asuma sus responsabilidades económicas, si existen, con carácter previo a la demolición de un edificio o de una vivienda”.

Sobre la disposición adicional sexta de la Ley 8/2012 se ha pronunciado la Sentencia del Tribunal Constitucional 82/2014, de 28 de mayo, también dictada como consecuencia del planteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad<sup>18</sup> por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Galicia. Esta Sentencia declara la inconstitucionalidad y, por tanto, la nulidad, de parte del precepto legal, en concreto, del inciso “o sentencia” de su apartado 2.

A pesar de que el legislador gallego, a diferencia del cántabro, intenta vincular su regulación al derecho a la vivienda, entiende el Tribunal Constitucional que a este caso resulta “plenamente aplicable la STC 92/2013” (fundamento jurídico tercero): el reconocimiento al titular de la vivienda, situada en una edificación sometida a orden de derribo, del derecho a residir en ella

18. Sobre la inconstitucionalidad de la normativa de Galicia también se pronuncia en la STC 149/2014, de 22 de septiembre, cuestión de inconstitucionalidad núm. 6833-2013.

mientras se tramita un procedimiento de responsabilidad patrimonial, tiene el mismo efecto –inconstitucional– paralizador de la ejecución de sentencias. Declaración de inconstitucionalidad que se circunscribe –debe advertirse– únicamente a los casos en los que el derribo procede por sentencia y no por decisión administrativa: “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”. Y se añade: “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 (artículo 117.3 de la Constitución) ni la competencia reservada al Estado en materia de legislación procesal ex artículo 149.1.6 de la Constitución” (fundamento jurídico cuarto).

## 5

### **El examen de las cuestiones controvertidas que suscita la interpretación del artículo 108.3 de la Ley 29/1998**

El legislador estatal ha afrontado el problema de dotar de mayor seguridad a los terceros de buena fe, en el caso de demolición de edificaciones, con la nueva regulación contenida en el artículo 108.3 de la Ley 29/1998. No obstante, en gran medida debido a deficiencias en la técnica normativa empleada, la aplicación práctica de este precepto ha suscitado numerosos y relevantes interrogantes. Algunas de estas dudas han sido despejadas por el Tribunal Supremo<sup>19</sup> y otras están todavía pendientes de resolución e interpretación<sup>20</sup>.

19. Al respecto se recomienda la lectura de ARROYO, A. y RODRÍGUEZ FLORIDO, I., “La demolición de inmuebles y el artículo 108.3 LJCA: análisis de los recientes pronunciamientos judiciales”, *Revista de Administración Pública*, núm. 208, 2019, págs. 325-355, y de NAVARRO ESPEJO, A. J., “La demolición de inmuebles ordenada por los órganos judiciales contencioso-administrativos”, *Revista Gabilix*, núm. 18, junio 2019.

20. Según se afirma en la STS 1409/2017, de 21 de septiembre, “esta nueva regulación legal” plantea “numerosos y complejos problemas aplicativos” (fundamento jurídico séptimo). En términos similares, puede leerse en la STS 905/2018, de 1 de junio, que el 108.3 de la Ley 29/1998 es “un precepto cuya interpretación no está exenta de incógnitas, alguna de las cuales sin embargo ha empezado a despejarse ya en esta sede” (fundamento jurídico segundo).

## 5.1

**Los efectos del artículo 108.3 de la Ley 29/1998:  
naturaleza jurídica del condicionamiento de la demolición  
a la prestación de garantías suficientes**

El artículo 108.3 de la Ley 29/1998 somete la demolición del inmueble a la “condición previa” de la prestación de garantías suficientes para asegurar el pago de las indemnizaciones que se deban a terceros de buena fe. La literalidad del precepto parece expresar claramente la voluntad del legislador: que la prestación de garantías constituya una condición a la que se somete la efectiva demolición. Por tanto, hasta que no se cumpla la condición no debería procederse a dicha demolición.

A esta interpretación ha llegado el Tribunal Supremo, si bien forzando la literalidad de la norma y tratando de conciliar dicha garantía con el mandato constitucional de ejecución de las sentencias (art. 118 Constitución) y su vinculación con el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24 Constitución). Recordemos que la ejecución judicial de las sentencias pivota sobre los principios de intangibilidad, inmodificabilidad e invariabilidad de las resoluciones.

a) Desde una perspectiva negativa, el Tribunal Supremo afirma que la “condición previa” del artículo 108.3 de la Ley 29/1998 no puede ser interpretada ni como un supuesto de suspensión de la ejecución (hasta que se preste la garantía suficiente) ni tampoco, claro está, como un supuesto de imposibilidad de ejecución de la sentencia<sup>21</sup> (en la hipótesis de que esa garantía suficiente no llegue a ser prestada). La razón es que lo contrario supondría la vulneración del derecho a la ejecución de las sentencias, contenido del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva y, por tanto, una vulneración del artículo 24 de la Constitución<sup>22</sup>. Como esta interpretación conduce a la inconstitucionalidad del precepto legal, el Tribunal Supremo la descarta, para decantarse por otra alternativa que lo hace conforme con el texto constitucional.

El Tribunal Supremo inicia su razonamiento identificando el “punto de partida necesario a la hora de afrontar la interpretación y el alcance de esta

21. Sobre la imposibilidad legal y la demolición de inmuebles se recomienda la lectura de ALONSO IBÁÑEZ, M.<sup>a</sup> R., “La imposibilidad de ejecución de sentencias de demolición de edificaciones. Medidas legales”, en *Por el Derecho y la Libertad. Libro Homenaje al Profesor Juan Alfonso Santamaría Pastor*, vol. I, Iustel, Madrid, 2014, págs. 963-994.

22. Recordemos que, tal y como ha manifestado el Tribunal Constitucional, sin ejecución de sentencias no hay tutela judicial efectiva, esto es, “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).



nueva previsión normativa”, a saber: “la conexión entre el derecho a la ejecución de sentencia y el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva”<sup>23</sup>.

Con apoyo en la doctrina del Tribunal Constitucional, el Tribunal Supremo examina la conexión indicada, concluyendo que el derecho a la ejecución de las sentencias es uno de los contenidos del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva del artículo 24 de la Constitución: “empezaremos recordando que, el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva del artículo 24 de la Constitución no solo alcanza a la fase declarativa, sino que comprende también el derecho a obtener la ejecución de lo resuelto en resolución firme, evitando así que se convierta en meras declaraciones sin valor efectivo algo. En efecto, el contenido del derecho a la tutela judicial efectiva reconocido en el artículo 24 de la Constitución, incluye el derecho a la ejecución de sentencias en sus propios términos (...) Es por ello que, como contenido propio de este derecho fundamental, deba reconocerse el derecho a que las sentencias se ejecuten en sus propios términos entendiéndose que tal ejecución se alcanza con la realización exacta y puntual del contenido del fallo”<sup>24</sup>.

A la misma idea de la existencia de una conexión, pero con expresión distinta, alude el Tribunal cuando afirma que la ejecución de sentencias “entronca directamente” con “el derecho a la tutela judicial efectiva, en cuanto el derecho no se satisface mediante una justicia meramente teórica, sino que conlleva el derecho a la ejecución puntual de lo fallado en sus propios términos”<sup>25</sup>.

Asentada esta premisa, el Tribunal Supremo fija el objeto del problema que debe solucionarse: “procede entrar a resolver acerca de si la alegación o la posible aplicación del artículo 108.3 de la Ley 29/1998, constituye o integra un supuesto de imposibilidad o al menos de suspensión de la ejecución de la sentencia del artículo 105 de la citada Ley”. A renglón seguido avanza ya lo que va a ser su posición: “pudiendo ya adelantar nuestra respuesta negativa a tal planteamiento”<sup>26</sup>.

De manera expresa afirma el Tribunal “que el artículo 108.3 ni reforma el artículo 109 [incidentes en ejecución de sentencia] ni el 105 [supuestos de imposibilidad de ejecución]”<sup>27</sup>. En concreto, “que el supuesto contemplado

23. STS 1409/2017, de 21 de septiembre, fundamento jurídico octavo.

24. STS 1409/2017, de 21 de septiembre, fundamento jurídico octavo.

25. STS 476/2018, de 21 de marzo, fundamento jurídico sexto.

26. STS 1409/2017, de 21 de septiembre, fundamento jurídico decimocuarto. A la doctrina asentada en esta sentencia se remiten otras posteriores del mismo Tribunal, así: STS 476/2018, de 21 de marzo, fundamento jurídico séptimo; y STS 905/2018, de 1 de junio, fundamentos jurídicos primero A) y tercero B).

27. STS 1409/2017, de 21 de septiembre, fundamento jurídico decimotercero.

en el artículo 108.3, no constituye ninguno de los dos supuestos regulados en el artículo 105, esto es, no estamos ante imposibilidad ni material ni legal de ejecutar la sentencia”<sup>28</sup>.

Aunque no lo diga de manera expresa, de su razonamiento se deriva que está precisando el significado del artículo 108.3 de la Ley 29/1998 utilizando la técnica de la interpretación conforme con la Constitución. Por ello precisamente considera necesario realizar la siguiente advertencia: “debemos aclarar que a nuestro criterio, interpretar el nuevo artículo 108.3, considerando que constituye un supuesto de suspensión o inexecución de sentencia, haría que nos planteáramos y a su vez trasladáramos al Tribunal Constitucional, serias dudas, en el sentido de que la suspensión automática de la ejecución de una sentencia que entrañe la demolición de un inmueble, no resulta conforme ni compatible con el derecho a la tutela judicial efectiva, el cual se concreta en un derecho de contenido prestacional a que la sentencia sea llevada a su debido efecto y en sus propios términos”<sup>29</sup>.

En otras palabras, se está reconociendo que, de no haber sido posible realizar otra interpretación del precepto legal, habría sido necesario elevar cuestión de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional, por vulneración inmediata del derecho a la ejecución de sentencias y mediata del derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24 de la Constitución.

La interpretación sostenida por el Tribunal Supremo, en cambio, según afirma expresamente, hace conforme a la Constitución el precepto examinado: “resulta claro así que, conforme a nuestra doctrina jurisprudencial: 1.º) el artículo 108.3 de la Ley 29/1998 no impide la ejecución de sentencias; 2.º) tampoco constituye causa alguna de inexecución de tales resoluciones, al amparo del artículo 105.2 de la Ley 29/1998; y 3.º) 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 de la Ley 29/1998 impide la ejecución de sentencias)”<sup>30</sup>.

b) Complementariamente, desde una perspectiva positiva, el mismo Tribunal Supremo sostiene que el artículo 108.3 de la Ley 29/1998 atribuye al juez facultades con la finalidad de que la demolición no cause perjuicios irreparables a terceros de buena fe. Su objetivo, por tanto, no es paralizar temporalmente o impedir definitivamente la ejecución de la sentencia que ordena el derribo del inmueble, sino dotar al juez de un mecanismo que permita

28. STS 1409/2017, de 21 de septiembre, fundamento jurídico decimocuarto.

29. STS 1409/2017, de 21 de septiembre, fundamento jurídico decimocuarto.

30. STS 905/2018, de 1 de junio, fundamento jurídico tercero B). Criterio consolidado en la STS 460/2019, de 4 de abril de 2019 (rec. 1821/2017), fundamento jurídico segundo.



asegurar que los daños que pueda causar ese derribo a terceros de buena fe serán debidamente reparados. En otras palabras, la lógica del precepto no es detener la ejecución, sino convertirse en una fase más del proceso de ejecución que, por tanto, prosigue su curso. Lo buscado es conciliar los intereses de los terceros de buena fe, que puedan verse perjudicados por el derribo, con el interés público de que la ejecución se ejecute. La legítima protección de aquellos intereses encuentra el límite de no ser preeminentes y, por tanto, no poder suponer el sacrificio del interés público.

En el razonamiento del Tribunal Supremo, el correcto entendimiento del artículo 108.3 de la Ley 29/1998 conduce a la conclusión de que no dota a las partes en el proceso de la facultad de paralizar la ejecución de la sentencia que se haya dictado, sino que atribuye al juez los poderes necesarios para asegurar que la demolición no cause perjuicios irreparables a terceros de buena fe: “el legislador no ha pretendido dispensar a los propietarios y a la Administración de una medida genérica e indiscriminada de suspensión o paralización temporal de las ejecuciones de las sentencias de demolición de inmuebles, sino de dotar al juez, una vez acreditada la necesidad, adecuación y proporcionalidad de la demolición, de determinados poderes en orden a que dicha demolición no haya de causar efectos irreparables en los terceros adquirentes de buena fe”<sup>31</sup>.

Es en este sentido como debe entenderse la afirmación según la cual el contexto del artículo 108.3 de la Ley 29/1998 son “las medidas coercitivas o ejecutivas que puede adoptar el juez, en el seno de la ejecución forzosa (...) de un fallo que impone una obligación de hacer, concretamente, cuando ese hacer es la demolición de inmuebles por declarar contraria a la normativa su construcción”<sup>32</sup>.

Del entendimiento expuesto del artículo 108.3 de la Ley 29/1998 el Tribunal Supremo extrae algunas consecuencias. La primera es que lo regulado en este precepto constituye una fase más, que se añade a las ya existentes en el proceso de ejecución, pero no supone un impedimento –ni temporal ni mucho menos definitivo– a la efectiva ejecución de la sentencia: “mientras el artículo 105 lo que prevé son supuestos de inejecución de sentencias por causas legales o materiales, el artículo 108.3 se sitúa en un momento posterior del proceso de ejecución, en cuanto se incluye en un precepto que recoge los poderes del juez para que la ejecución se lleve a efecto, con lo cual se convierte en una fase más de la ejecución, pero nunca en un impedimento, ni siquiera temporal para la ejecución de la sentencia”<sup>33</sup>.

31. STS 1409/2017, de 21 de septiembre, fundamento jurídico decimotercero.

32. STS 1409/2017, de 21 de septiembre, fundamento jurídico decimotercero.

33. STS 1409/2017, de 21 de septiembre, fundamento jurídico decimotercero.

Como segunda consecuencia, se afirma que el artículo 108.3 de la Ley 29/1998 lo que hace es añadir un nuevo “deber de hacer” en la ejecución de las sentencias a las que se refiere, esto es, las que ordenan el derribo de edificaciones: “se ha de entender que lo que hace la norma no es regular un obstáculo a la ejecución, sino añadir un deber de hacer en la ejecución de estos fallos. Al deber de demoler, se une el de garantizar los perjuicios que puedan derivarse para los adquirentes de buena fe. En caso de no hacerlo, el juez debe ocuparse de que así sea, adoptando medidas de coerción y exigiendo responsabilidades de todo tipo, hasta que se haya constituido la garantía, voluntariamente o de forma forzosa, esto es el juez deberá, dentro del mismo proceso de ejecución de la sentencia de demolición, ir resolviendo paralelamente sobre estas cuestiones, teniendo como objetivo final conseguir la restauración del orden jurídico alterado, finalidad conforme al interés público que el proceso demanda, sin perjuicio de la tutela de los intereses privados que puedan verse concernidos”<sup>34</sup>.

Conviene subrayar cómo el Tribunal Supremo, en su argumentación, diagnostica la existencia de un conflicto de intereses en el trasfondo del asunto: la tensión entre el interés general presente en la ejecución de la sentencia que ordena la demolición de la edificación ilegal y el interés privado de los terceros de buena fe que puedan verse perjudicados por dicha demolición<sup>35</sup>.

La solución arbitrada por el artículo 108.3 de la Ley 29/1998 intenta buscar el equilibrio entre esos intereses en presencia, de manera que se asegura la satisfacción del interés general, puesto que la ejecución no queda paralizada, “sin perjuicio de la tutela de los intereses privados que puedan verse concernidos”<sup>36</sup>, protección ofrecida mediante la exigencia de prestación de las garantías suficientes para el pago de las indemnizaciones que puedan deberse.

La expresión empleada –“sin perjuicio”– ya refleja que, para el Tribunal, el “interés preeminente” es el de la ejecución de la sentencia, de manera que la tutela a los otros posibles intereses privados debe hacerse valorando la incidencia que tendrá sobre el aseguramiento del primero, es decir, “sin perder de vista” el interés público: “el interés preeminente en la ejecución de la sentencia es el restablecimiento de la legalidad urbanística, que constituye

34. STS 1409/2017, de 21 de septiembre, fundamento jurídico decimotercero.

35. Sobre los motivos que dificultan la ejecución de las sentencias que ordenan el derribo de inmuebles ilegalmente contruidos se recomienda la lectura de la magistrada CASTANEDO GARCÍA, M.<sup>a</sup> E., “Examen del nuevo apartado tercero del artículo 108 de la Ley de la Jurisdicción contencioso-administrativa”, *op. cit.*, págs. 214-217.

36. STS 1409/2017, de 21 de septiembre, fundamento jurídico decimotercero.

el pronunciamiento judicial en respuesta a la tutela judicial demandada en el proceso, de manera que la exigencia de garantías en previsión de posibles responsabilidades frente a terceros ha de llevarse a cabo, por el órgano judicial, sin perder de vista ese interés preeminente, y valorando, en consecuencia, la incidencia que puedan tener en la efectiva ejecución en tiempo y forma del derecho declarado en la sentencia”<sup>37</sup>.

La consecuencia obligada es que la protección del interés de los terceros de buena fe no puede constituir un obstáculo desproporcionado a la ejecución efectiva de la sentencia: “Tampoco en este aspecto resulta justificada la interpretación defendida por la parte recurrente, que supondría, cuando menos, una demora considerable en la ejecución de la sentencia y, previsiblemente, convertir la garantía de los derechos de terceros en un importante y desproporcionado obstáculo para la realización y efectividad de los derechos reconocidos en el proceso, resultado que evidentemente está muy lejos y es contrario a la finalidad perseguida por el legislador al introducir el precepto examinado”<sup>38</sup>.

Por lo tanto, el art. 108.3 de la Ley 29/1998 implica un deber de hacer –la obligación de prestar una garantía, de forma previa a la demolición de un inmueble<sup>39</sup>– en aras de una justicia cautelar para garantizar las posibles indemnizaciones que se puedan llegar a declarar en otro procedimiento a terceros de buena fe afectados<sup>40</sup>. No se trata de una causa de suspensión en la ejecución de la sentencia que ordena la demolición, sino de un trámite integrado en la misma que debe ser respetado y cumplimentado de forma previa a la efectiva demolición<sup>41</sup>.

37. STS 476/2018, de 21 de marzo, fundamento jurídico séptimo.

38. STS 476/2018, de 21 de marzo, fundamento jurídico séptimo.

39. Se debe destacar a efectos prácticos el pronunciamiento del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, mediante Sentencia 816/2018, de 28 de septiembre (rec. 264/2016), en la cual se aplica la jurisprudencia del Tribunal Supremo, disponiendo que “por el Juzgado se adopten las medidas de aseguramiento de las indemnizaciones, que, en su día y en los procedimientos de responsabilidad patrimonial que en su caso se promuevan a tal fin por los terceros que no tengan el deber de soportar los daños y perjuicios que cause el derribo de la edificación, puedan reconocerse a terceros de buena fe (...) 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 fijada en el Auto de resolución de ese incidente conste debidamente constituida y acreditada” (fundamento jurídico sexto).

40. Al respecto véase ARROYO, A. y RODRÍGUEZ FLORIDO, I., “La demolición de inmuebles...”, *op. cit.*, pág. 346.

41. En este sentido resulta ilustrativo el pronunciamiento del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, mediante Sentencia 361/2019, de 25 de junio de 2019 (rec. 4372/2018), en la que se afirma que la Ley 29/1998 “no le otorga a la tramitación del incidente el artículo 108.3 LJCA el valor de suspender la ejecución de sentencia, sino que lo que hace es determinar los

## 5.2

### El ámbito temporal de aplicación del artículo 108.3 de la Ley 29/1998: el régimen transitorio

La cuestión que aquí se plantea es la de la determinación del ámbito temporal de aplicación de la nueva regulación contenida en el artículo 108.3 de la Ley 29/1998. En concreto, si es de aplicación a los casos en los que la sentencia se ha dictado con anterioridad a su entrada en vigor, pero en ese momento todavía no se ha ejecutado. En el caso que nos ocupa: a los supuestos en los que la sentencia que declara la contrariedad con la normativa urbanística es anterior, pero todavía no se ha procedido a la demolición de la edificación.

El problema se plantea por el hecho de que la Ley Orgánica 7/2015, que modifica el artículo 108.3 de la Ley 29/1998, no ha previsto ningún régimen transitorio. La única disposición temporal se contiene en su disposición final décima y es relativa, en general, a la fecha de entrada en vigor de la propia Ley Orgánica 7/2015 (el 1 de octubre de 2015).

La cuestión se ha suscitado y ha sido resuelta por el Tribunal Supremo, en concreto, en su Sentencia 1409/2017, de 21 de septiembre. La descripción del problema se realiza del modo siguiente: “Lo primero que debemos resolver es si este precepto [artículo 108.3 de la Ley 29/1998] es o no aplicable en el presente caso, desde la perspectiva de encontrarnos ante un supuesto de ejecución de una sentencia dictada con anterioridad a su entrada en vigor y que ha llevado, como ha quedado reflejado, un lento y proceloso proceso de ejecución”. Y se añade más adelante: “Siendo esto así, esto es, no existiendo norma específica de derecho transitorio, cabe preguntarse si el citado precepto (artículo 108.3) resulta de aplicación a la ejecución de sentencias que se han dictado antes de la vigencia de la modificación legal o, por el contrario, solo afectaría a las sentencias o incidentes de ejecución correspondientes a procesos contenciosos iniciados tras su entrada en vigor” (fundamento jurídico décimo).

---

tiempos en que se han de ir desarrollando las diferentes actuaciones necesarias para dicha ejecución; y de su contenido se desprende que, de forma paralela y simultánea, se han de ir realizando los pasos previos conducentes a la demolición material y los relativos a la fijación de las garantías suficientes (...) Ello no está representando ninguna suspensión de la ejecución, por dos motivos: 1.º Forman parte de la ejecución tanto las actuaciones conducentes a la demolición efectiva como la fijación de las garantías, y el auto ordena que ambas actuaciones se desarrollen de forma paralela y simultánea, sin que la tramitación derivada del artículo 108.3 LJCA sea impedimento, según el auto, a la exigencia al Concello de ir adoptando sin demora los pasos necesarios para que se haga efectiva la demolición. 2.º El artículo 108.3 LJCA establece que la exigencia judicial de la prestación de garantías suficientes para responder del pago de las indemnizaciones debidas a terceros de buena fe se producirá ‘como condición previa a la demolición’”.

La solución al problema se busca a través de la distinción entre regulación sustantiva y procesal<sup>42</sup>: “Partiendo de esta doctrina general, la solución a dicha cuestión debe venir dada, a juicio de esta Sala, partiendo de la caracterización de dicho precepto como una regulación de naturaleza sustantiva o procesal”.

La solución ofrecida es distinta en ambos casos: “En las normas materiales el momento decisivo para su aplicación es el de la realización o consumación del hecho, negocio, relación o situación jurídica productora de efectos jurídicos, mientras que la retroactividad de las leyes procesales ha sido analizada por este Tribunal en sentencia de 18 de abril de 1998, razonando que ‘Antiguamente se había dicho que eran retroactivas, pero la doctrina y la jurisprudencia modernas aceptan unánimemente que la Ley procesal es irretroactiva y se aclara la confusión anterior al comprender que cuando se dicta una ley procesal no se aplica retroactivamente a procesos anteriores, sino a los actos procesales que se producen a partir de su entrada en vigor, aunque los hechos materiales y jurídicos que han dado origen al proceso sean anteriores’. En consecuencia, puede afirmarse que nos encontramos ante una norma procesal, incluida en legislación procesal y además sobre incidente procesal de ejecución, por lo que resulta de aplicación a todos los supuestos o incidentes en que se plantee el momento, alcance o modo de demolición de una construcción ilegal, al margen de cuando se haya iniciado el pleito o incidente de ejecución” (fundamento jurídico undécimo).

Por lo tanto, con independencia de la fecha de la sentencia pendiente de ejecución, resultarán de aplicación el artículo 108.3 de la Ley 29/1998 y las garantías previstas para los terceros de buena fe<sup>43</sup>.

42. El Tribunal Supremo aplica la jurisprudencia consolidada desde su sentencia de 18 de abril de 1998 (RJA 2984) relativa a la retroactividad de las normas procesales, en la cual 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”.

43. A este mismo criterio llegaron otros juzgados y tribunales, como por ejemplo el Tribunal Superior de Justicia de Cantabria, en su sentencia núm. 15/2017, de 20 de enero de 2017, o el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 2 de Tarragona, mediante auto núm. 210/2016, de 14 de octubre, afirmando 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”.

### 5.3

#### Los elementos subjetivos del artículo 108.3 de la Ley 29/1998

El artículo 108.3 de la Ley 29/1998 establece que deberá exigirse la prestación de garantías suficientes. Desde una perspectiva subjetiva<sup>44</sup>, esta afirmación legal plantea, al menos, los tres siguientes interrogantes: la determinación del sujeto que debe exigir la prestación, del sujeto beneficiario de la prestación y del sujeto obligado a la prestación.

#### 5.3.1

##### La determinación del sujeto que debe exigir la prestación de garantías suficientes

De la redacción del artículo 108.3 de la Ley 29/1998 se deriva claramente que el sujeto al que se encomienda la tarea de exigir la prestación de las garantías es el “juez o tribunal”. Esto es, el órgano judicial que haya conocido del proceso declarativo y ahora se esté ocupando de la ejecución de la sentencia. En efecto, al mismo juez o tribunal que haya declarado contraria a la normativa la construcción del inmueble, haya ordenado motivadamente su demolición y la reposición a su estado originario de la realidad física alterada, también le corresponderá exigir la prestación de garantías, como condición previa a la demolición.

Debe hacerse notar que la Ley le impone esta misión con carácter imperativo (“exigirá”). La consecuencia es que no se deja a su libre apreciación, en atención a las circunstancias concurrentes en el caso concreto, la decisión de exigir o no al sujeto obligado la prestación de las garantías suficientes. Estamos en presencia de una actuación judicial legalmente obligada.

#### 5.3.2

##### La determinación del sujeto beneficiario de la prestación de garantías suficientes

La prestación de garantías suficientes se exige, a tenor de lo dispuesto en el artículo 108.3 de la Ley 29/1998, para responder al pago de las indem-

44. Tal y como indica Flores Domínguez, debemos tener en cuenta que en el proceso de edificación intervienen y participan diversas partes. Véase FLORES DOMÍNGUEZ, L. E., “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-Nueva Época*, núm. 8, 2017, págs. 74-96.

nizaciones debidas a “terceros de buena fe”. Por lo tanto, el sujeto beneficiario de dicha prestación es toda aquella persona que reúna la condición de “tercero de buena fe”, eso sí, a los efectos de lo previsto en este precepto legal.

La determinación precisa de las personas que ostentan la condición de “terceros de buena fe” a los efectos del artículo 108.3 de la Ley 29/1998 no resulta sencilla. Así lo ha reconocido expresamente el Tribunal Supremo: “No se ocultan las dificultades que plantea la determinación del ámbito subjetivo al que se refiere el precepto, dados los escuetos términos en que se expresa, ‘terceros de buena fe’, que no permiten una identificación precisa y concreta con carácter previo y al margen de las circunstancias de cada caso”<sup>45</sup>. Este mismo Tribunal, sin embargo, sostiene que “es una de las cuestiones más relevantes que plantea el nuevo precepto”<sup>46</sup>.

A pesar de las dificultades observadas, haciendo uso de un método de interpretación tanto sistemático como teleológico, el Tribunal Supremo consigue trazar el “marco” dentro del cual debe entenderse la expresión “terceros de buena fe”: “No obstante, una interpretación sistemática del precepto, atendiendo a la finalidad perseguida, nos permite señalar o trazar el marco en el que ha de moverse el órgano judicial en su aplicación”<sup>47</sup>. Este marco es delimitado positiva y negativamente, de modo siguiente:

a) Desde una perspectiva positiva, los “terceros de buena fe” a los que se refiere el artículo 108.3 de la Ley 29/1998 deben identificarse con aquellos sujetos que puedan ser beneficiarios de una indemnización por resultar perjudicados como consecuencia de la demolición de la edificación. Precisamente por ello, la Ley exige la prestación de garantías del pago de esas indemnizaciones que sean debidas. En consecuencia, se trata de aquellas personas que sean titulares de un derecho de indemnización, al cumplirse todos los requisitos legalmente exigidos para que tal cosa suceda. En palabras del Tribunal Supremo: “Así, en sentido positivo, el precepto se refiere a terceros de buena fe que, en tal concepto, puedan resultar titulares de una indemnización debida, por lo que (...) ha de entenderse que el ámbito subjetivo al que se refiere el precepto se identifica con los terceros de puedan resultar beneficiarios de una indemnización, es decir, que puedan invocar

45. STS 476/2018, de 21 de marzo, fundamento jurídico séptimo. Reproducido en las posteriores SSTs 868/2018, de 25 de mayo, fundamento jurídico noveno, y 905/2018, de 1 de junio, fundamento jurídico segundo B).

46. STS 868/2018, de 25 de mayo, fundamento jurídico octavo.

47. STS 476/2018, de 21 de marzo, fundamento jurídico séptimo. Reproducido en las posteriores SSTs 868/2018, de 25 de mayo, fundamento jurídico noveno, y 905/2018, de 1 de junio, fundamento jurídico segundo B).



e instar el reconocimiento de su condición de perjudicados con derecho a indemnización”<sup>48</sup>.

Debe notarse que el artículo 108.3 de la Ley 29/1998 exige que esos sujetos sean “de buena fe”. Para el Tribunal Supremo, como regla general, que la persona tenga derecho a la indemnización ya presupone su buena fe: “por lo que, teniendo en cuenta que hablar de indemnización debida implica, salvo excepciones, la buena fe del perjudicado, ha de entenderse que el ámbito subjetivo al que se refiere el precepto se identifica con los terceros de puedan resultar beneficiarios de una indemnización”<sup>49</sup>. Aclara este mismo Tribunal que tendrán buena fe aquellas personas que no tuvieran conocimiento de la situación de ilegalidad en la que se encontraba la edificación cuya demolición se ha ordenado<sup>50</sup>.

Hace el Tribunal Supremo, en este punto, una advertencia importante: la noción de “terceros de buena fe” no coincide, sino que es más amplia, que el concepto de tercero hipotecario<sup>51</sup>, es decir, de terceros adquirentes protegidos por la fe pública registral: “no puede circunscribirse a la de terceros adquirentes de buena fe protegidos por la fe pública registral sino que ha de extenderse a todos aquellos que puedan hacer valer un derecho a ser indemnizados en su condición de terceros perjudicados”<sup>52</sup>.

b) Desde una perspectiva negativa, la noción de tercero hace siempre alusión a una condición de ajenidad: se es tercero en relación con algo de lo que no se es parte.

Pues bien, para el Tribunal Supremo, esta ajenidad se predica respecto al proceso declarativo en el que se ha declarado la ilegalidad de la construcción y se ha ordenado su demolición<sup>53</sup>. El título del que es portador ese sujeto no

48. STS 476/2018, de 21 de marzo, fundamento jurídico séptimo. Reproducido en las posteriores SSTs 868/2018, de 25 de mayo, fundamento jurídico noveno, y 905/2018, de 1 de junio, fundamento jurídico segundo B).

49. STS 476/2018, de 21 de marzo, fundamento jurídico séptimo. Reproducido en las posteriores SSTs 868/2018, de 25 de mayo, fundamento jurídico noveno, y 905/2018, de 1 de junio, fundamento jurídico segundo B).

50. STS 868/2018, de 25 de mayo, fundamento jurídico décimo. Tal y como indicó Castanedo García en su momento, la buena fe es desconocer el vicio urbanístico que afecta a la construcción. Véase CASTANEDO GARCÍA, *op. cit.*, pág. 234.

51. Recordemos en este punto la consolidada jurisprudencia del Tribunal Supremo, por cuanto la existencia de terceros adquirentes de buena fe del edificio que se ordena demoler carece de trascendencia para la ejecución de la sentencia que ordena la demolición. En este sentido, SSTs de 12 de mayo de 2006, de 26 de septiembre de 2006 (rec. 8712/2003), y núm. 3768/2016, de 14 de julio de 2016 (rec. 3670/2015).

52. STS 476/2018, de 21 de marzo, fundamento jurídico séptimo. Reproducido en las posteriores SSTs 868/2018, de 25 de mayo, fundamento jurídico noveno, y 905/2018, de 1 de junio, fundamento jurídico segundo B).

53. En la Sentencia núm. 241/2016, del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, de 21 de noviembre de 2016, se considera que no concurre la condición de tercero de buena



ha sido objeto del proceso, se trata de proteger a aquellos que no han podido hacer valer su derecho en el proceso declarativo. En palabras del Tribunal: “En sentido negativo, la condición de tercero implica que el título de imputación de la responsabilidad, que se trata de reparar mediante la indemnización debida, es ajeno y no ha sido ni ha podido ser objeto de examen y reconocimiento en el proceso de cuya ejecución se trata, pues en tal caso (titulares de licencia, promotores,...) ha de estarse al ejercicio de su derecho en el proceso y a las declaraciones efectuadas al respecto de la sentencia, ya que el artículo 108.3 trata de proteger la situación de los perjudicados que, en su condición de terceros, no pueden hacer valer su derecho en el proceso declarativo, sin que suponga reabrir una vía de tutela de quienes, no teniendo la condición de terceros en el proceso, pudieron hacer valer sus derechos en el mismo”<sup>54</sup>.

En definitiva, para la tesis sostenida por el Tribunal Supremo, el dato relevante es que el sujeto sea titular de un derecho que no haya sido debatido ni declarado en el proceso, pero que, en cambio, pueda verse efectivamente frustrado si no se adoptan en él las medidas aseguradoras adecuadas: “el precepto [artículo 108.3 de la Ley 29/1998] responde a la necesidad de atender a las situaciones que acabamos de describir, de existencia de procesos sobre regularización urbanística de determinadas edificaciones o instalaciones, cuya efectividad, mediante la ejecución de la correspondiente sentencia, puede incidir en la situación jurídica de terceros, causándoles un perjuicio patrimonial indemnizable cuyo derecho, por no ser determinante de la legalidad urbanística cuestionada, no ha sido debatido ni declarado en el proceso, pero que puede verse frustrado si, una vez obtenido su reconocimiento en el correspondiente procedimiento establecido al efecto, no se hace efectivo y ya se ha llevado a cabo la regularización urbanística mediante la demolición de lo construido y la reposición de la realidad física alterada”<sup>55</sup>.

---

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”.

54. STS 476/2018, de 21 de marzo, fundamento jurídico séptimo. Reproducido en las posteriores SSTs 868/2018, de 25 de mayo, fundamento jurídico noveno, y 905/2018, de 1 de junio, fundamento jurídico segundo B).

55. STS 476/2018, de 21 de marzo, fundamento jurídico séptimo. Reproducido en la posterior STS 905/2018, de 1 de junio, fundamento jurídico segundo B). Se trata de una tesis apuntada también por el magistrado TÁBOAS BENTANACHS en un doble sentido. Por un lado, si se trata de una persona que ya ha sido parte del proceso contencioso-administrativo que ha culminado con la sentencia que ordena la demolición, no cabe considerar que se trate de un “tercero”. Por otro lado, si dicha persona ha sido parte en el procedimiento, cabe la posibilidad de que se haya juzgado su situación subjetiva hasta el punto de descartar la “buena fe”. Véase M. Táboas Bentanachs en el Foro sobre la “Inejecución de sentencias urbanis-

Sin embargo, debemos advertir de los peligros de descartar la condición de “tercero de buena fe” por el mero hecho de haber participado en el recurso contencioso. De conformidad con el art. 49 de la Ley 29/1998, debería plantearse si la Administración deberá emplazar a cuantos interesados pudiesen resultar afectados por un recurso contencioso-administrativo, para que puedan personarse en defensa de sus derechos e intereses. A dicha llamada pueden acudir, entre otros, los terceros adquirentes (ajenos a la licencia originaria) que residan actualmente en el inmueble y que decidan comparecer en el procedimiento en defensa de la habilitación administrativa correspondiente que ampara la edificación. La situación procesal de estas personas –codeemandados– les impedirá ejercitar en dicho procedimiento cualquier tipo de pretensión resarcitoria e indemnizatoria, que únicamente pertenece a la parte actora (art. 31 Ley 29/1998). Por lo tanto, no resultaría admisible negarles la garantía del artículo 108.3 de la Ley 29/1998, por cuanto tampoco han podido hacer valer su “derecho a una indemnización” en el procedimiento previo, que únicamente habrá tratado la legalidad de la construcción.

De manera complementaria, el Tribunal Supremo se ha planteado también, al hilo del análisis de supuestos concretos, el alcance que debe darse a la noción de “terceros de buena fe” del artículo 108.3 de la Ley 29/1998. Y, en particular, si esta expresión debe o no ser objeto de una interpretación restrictiva.

Haciéndose eco de la posición de una de las partes en la controversia, el Tribunal Supremo alude a esa limitación en la labor interpretativa del siguiente modo: “el supuesto contemplado, como excepción que es al principio general de ejecución de sentencias sin dilaciones, debe ser objeto de interpretación restrictiva, limitándose el mismo a los titulares de derechos que se vean seriamente afectados y precisen de una protección reforzada, como lo sería el caso de una vivienda que constituya el domicilio habitual de ese tercero o un local donde se desarrolle una profesión o un trabajo por parte de dicho tercero, supuestos en los que se causaría un daño de difícil reparación”.

---

ticas: artículos 105.2 y 108.3 LRJCA”, ElDerecho [online]. Debemos recordar que la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo viene negando que la “buena fe” en la adquisición de un inmueble pueda equipararse a “un mero estado psicológico” consistente en la creencia de la legalidad de la adquisición. Al contrario, se entiende por parte del 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 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 3.º).

Planteada así la cuestión, el Tribunal identifica la labor que se le encomienda: analizar “si esa condición de terceros solo puede predicarse de los que ostenten un título de propiedad, o si, también, cabe extenderlo a quienes disfrutan del inmueble por otro título, como por ejemplo el arrendatario, o si cabe considerar como tal al promotor o constructor respecto de las viviendas no enajenadas, etc.”<sup>56</sup>.

En relación con esta tarea, y por el momento, ha realizado expresamente las siguientes aclaraciones:

a) La condición de tercero de buena fe, a los efectos del artículo 108.3 de la Ley 29/1998, no se limita a los titulares de inmuebles que constituyan su vivienda habitual o lugar de trabajo<sup>57</sup>: “Lo primero que cabe aclarar es que la condición de terceros de buena fe no puede predicarse exclusivamente de los titulares de edificaciones que constituyan su vivienda habitual o el lugar donde desarrollan su actividad profesional, dado que tal restricción supondría dejar fuera de la protección del precepto el grueso de los supuestos reales que suelen afectar a residencias vacacionales o segundas residencias”<sup>58</sup>.

b) No tiene la condición de tercero de buena fe, a los efectos del artículo 108.3 de la Ley 29/1998, el promotor que obtuvo la licencia declarada nula<sup>59</sup>. Y ello por las dos siguientes razones: “En primer lugar, porque como titular de la licencia ha sido parte en el proceso y, en consecuencia, no puede ser considerado tercero. En segundo lugar, el artículo 108.3 viene a salvaguardar los intereses de terceros que no son titulares de la licencia cuyos derechos puedan verse afectados por la demolición de la obra amparada en la licencia sin haber sido parte en el proceso”. Con la siguiente tajante conclusión: “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 artículo 108.3 de la Ley 29/1998”<sup>60</sup>.

56. STS 868/2018, de 25 de mayo, fundamento jurídico octavo.

57. En un primer momento, por parte de algunos tribunales, como por ejemplo el Tribunal Superior de Justicia de Galicia mediante sentencias núm. 601/2016, de 13 de octubre (rec. 4320/2016), y núm. 341/2017, de 13 de julio (rec. 4215/2017), se vinculó dicho precepto con el “derecho a la vivienda”. Sin embargo las garantías del artículo 108.3 Ley 29/1998 no se agotan ni limitan a dichos supuestos.

58. STS 868/2018, de 25 de mayo, fundamento jurídico décimo.

59. En este mismo sentido, y al negar la condición de tercero de buena fe al promotor del inmueble, Sentencia 711/2018 del Tribunal Superior de Justicia de C. Valenciana (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1.ª) de 9 de noviembre de 2018 (rec. 208/2017).

60. STS 868/2018, de 25 de mayo, fundamento jurídico décimo. En términos muchos más claros se pronuncia el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, mediante Sentencia 800/2018, de 25 de septiembre de 2018 (rec. 259/2017), al negar la condición de tercero de buena fe al promotor de la licencia que además había sido penalmente investigado por los hechos: “la invocación de la condición de tercero de buena fe del esposo, aquí apelante, a los efectos del art. 108.3 LJCA sonroja al más profano en la materia. Pues no es ya que no se trate

c) Asimismo, se ha negado que esta garantía previa a la demolición ampare los derechos de una entidad bancaria que concedió un préstamo para la construcción de la edificación que se debe demoler, así como los derechos del titular de un derecho de servidumbre de paso de gasoducto (STS núm. 1020/2018, de 18 de junio de 2018, rec. 1093/2017).

### 5.3.3

#### **La determinación del sujeto obligado a la prestación de garantías suficientes**

El artículo 108.3 de la Ley 29/1998 no precisa –y, por ello, constituye una de sus principales dudas– el sujeto que está obligado a prestar las garantías suficientes para responder al pago de las indemnizaciones debidas.

La lógica indica que el sujeto obligado a prestar las garantías que aseguren el pago es el mismo que está también obligado al pago de la indemnización debida. La prestación de garantías es instrumental en relación con el pago de la indemnización: la finalidad de la existencia de la primera es el aseguramiento de la segunda.

No está claro, sin embargo, quién es el sujeto obligado al pago de la indemnización y, con ello, a prestar la garantía requerida para su aseguramiento<sup>61</sup>.

En una primera aproximación, podría pensarse que se trata de aquel sujeto que, en ejecución de sentencia, tiene la obligación de proceder a la demolición de la edificación, que será la causa inmediata de la producción de los daños a indemnizar. Sin embargo, no parece ser esta una respuesta satisfactoria o, al menos, no siempre. La razón está en que, en virtud del principio de subrogación de los sucesivos adquirentes en los derechos y deberes

---

aquí de la ejecución de sentencia que haya venido a anular título habilitante de determinada obra, con condena a su demolición, sino de que aquella condición brilla por su ausencia en el Sr. Anselmo. Baste al efecto la lectura del relato de hechos probados que conduce a su condena como autor de un delito contra la ordenación del territorio con motivo de parte de la construcción litigiosa para entender que el apelante llevó a cabo materialmente la que aquí nos ocupa, no habiendo sido condenado por los hechos atinentes a la construcción destinada a vivienda por la sola circunstancia de la apreciación de prescripción del delito (...) De modo que ni el apelante es ajeno a la construcción de marras, ni lo fue al proceso contencioso administrativo seguido ante esta Sala contra el acto de cuya ejecución aquí se trata, pues recurrió en vía administrativa y posterior jurisdiccional contra el mismo” (fundamento jurídico quinto).

61. En este sentido, VILELA PASCUAL, M.<sup>a</sup> L. (2017), en su tesis doctoral *Potestades administrativas y jurisdiccionales en la ejecución de sentencias urbanísticas*, afirma que la solución dada por algunas voces doctrinales apuntan a la figura del demandado y/o de la Administración demandada (pág. 257).

vinculados con la edificación, lo más frecuente será que el obligado a la demolición sea el adquirente de buena fe y, por tanto, quien tenga la condición de “tercero de buena fe” a los efectos del artículo 108.3 de la Ley 29/1998<sup>62</sup>.

La solución en la que parece estar pensando el legislador, cuando ha introducido el nuevo apartado 3 en el artículo 108 de la Ley 29/1998, es otra: que el obligado a la prestación de las garantías sea la Administración. En concreto, la Administración que otorgó el título administrativo habilitante para la construcción de la edificación y que después fue judicialmente declarado ilegal. De esta manera, se produciría una conexión entre lo dispuesto en el artículo 108.3 de la Ley 29/1998 y la institución de la responsabilidad patrimonial de la Administración. Esta tesis ha vencido al obstáculo legal consistente en que determinadas Administraciones públicas están exentas de prestar fianzas y garantías o, al menos, limitado su alcance a los bienes patrimoniales<sup>63</sup>.

El Tribunal Supremo ha venido a salvar el contenido de la norma aplicando los principios normativos de especialidad y de ley posterior<sup>64</sup>, afirmando que “para rechazar también la invocación del Ayuntamiento recurrente relativa a la inaplicación a la Administración de la previsión del artículo 108.3 de la Ley jurisdiccional con fundamentado en la prerrogativa que le otorga el artículo 173.2 del Texto Refundido de la Ley de Haciendas Locales, precepto este que denuncia como infringido en relación con la disposición adicional cuarta, apartado 2, y artículo 12 de la Ley 52/1997, de 27 de noviembre. Y es que parece olvidar el Ayuntamiento, como ya precisa la sentencia recurrida, que el artículo 108.3 no solo es una norma especial referida específicamente al aseguramiento de una orden de demolición acordada en sentencia, y cuya ejecución se pretende, esto es, una norma procesal, sino también una norma posterior al Texto Refundido de la Ley de Haciendas Locales, cuya inaplicación a la Administración en los términos que se pretende dejaría prácticamente sin contenido la indicada norma”<sup>65</sup>.

Superado este escollo, el Tribunal Supremo fija el foco en “si cabe la exigencia de garantías suficientes a las que se refiere el precepto no solo 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

62. Véase EZQUERRA HUERVA, *op. cit.*, pág. 881.

63. Sirvan de ejemplo el artículo 12 de la Ley 52/1997, de 27 de noviembre, de Asistencia Jurídica al Estado e Instituciones Públicas, y el artículo 173.2 del Texto Refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales, aprobado por el Real Decreto legislativo 2/2004, de 5 de marzo.

64. Dicha solución también fue apuntada por parte del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, mediante sentencias núm. 637/2016, de 27 de octubre de 2016 (rec. 4372/2016), y núm. 316/2017, de 22 de junio de 2017.

65. STS 62/2019, de 28 de enero de 2019 (rec. 5793/2017), fundamento jurídico sexto.

con la Administración, solidaria o subsidiariamente, precisando asimismo cómo debería sustanciarse procesalmente dicha exigencia”<sup>66</sup>.

Para responder esta cuestión el Tribunal acude, de nuevo, a la finalidad del citado precepto, recordando que “las garantías a que se refiere el art. 108.3 LJCA se proyectan sobre el alcance de la regularización urbanística declarada en la sentencia de cuya ejecución se trata, es decir, a los pronunciamientos realizados en atención a lo efectivamente juzgado y lo establecido y previsto en el fallo en relación con el restablecimiento de la legalidad urbanística”<sup>67</sup>.

Una vez se ha puesto el foco en el principio de cosa juzgada y el pronunciamiento que ha acordado la demolición, el Tribunal afirma que “ello justifica la exigibilidad a la Administración, en la medida que en la propia sentencia se aprecie y declare su deficiente ejercicio, por acción-anulación de licencia u omisión —obras sin la oportuna autorización—, de las facultades de control que el ordenamiento jurídico le atribuye, como es el caso que aquí se examina, en el que la sentencia en ejecución declara expresamente en relación con la actuación del Ayuntamiento, que ‘su conducta de total pasividad y desatención de sus deberes en relación con la legalidad urbanística es la que determinó la necesidad de la tramitación del presente recurso’”<sup>68</sup>.

Por lo tanto, se vincula la exigencia de la prestación de garantía con el motivo que ha comportado la demolición<sup>69</sup>, que en el orden contencioso-administrativo vinculará, generalmente, a la Administración.

Sentado lo anterior, no se descarta la posibilidad de exigir dicha garantía a los promotores de la licencia, si bien dicha posibilidad se supedita a lo efectivamente enjuiciado en el procedimiento de instancia: “las mismas razones y en los mismos términos, la posibilidad de exigencia de tales garantías a terceros tales como promotores de las obras a demoler, a que se refiere el

66. ATS (Sección de Admisión) de 8 de enero de 2019 (rec. 5759/2018).

67. STS 1321/2019, de 7 de octubre de 2019 (rec. 5759/2019), fundamento jurídico tercero.

68. STS 1321/2019, de 7 de octubre de 2019 (rec. 5759/2019), fundamento jurídico tercero.

69. En este sentido se pronuncia también el Tribunal Superior de Justicia de Galicia en su Sentencia núm. 227/2019, de 3 mayo (rec. 4493/2017), al afirmar que “la responsabilidad exigible conforme al artículo 108.3 de la LJCA no se refiere a la obligación de indemnizar, sino a la obligación de prestar garantías suficientes, y la responsable a este respecto es la Administración que con su actuación ha dado lugar a la eventual generación de la lesión. Por tanto, la exigencia de garantías será procedente respecto de la Administración pública responsable en cada caso (...)”. Incluso, dicha Sentencia vincula a la Administración con la obligación de prestar garantías amparándose en la obligación subsidiaria de demolición: “Por otra parte, la responsabilidad municipal en cuanto a la realización de las actuaciones precisas para la demolición también es clara: una vez constatada la inactividad del promotor o titular de la obra, la demolición derivada de anulación de la licencia debe ser ejecutada por la Administración cuya actuación anulada fue la que propició el resultado constructivo, sin perjuicio de que dicha ejecución subsidiaria se haga a cargo de las promotoras”.



auto de admisión, vendrá determinada, en su existencia y alcance –exigencia de forma aislada o conjunta con la Administración, solidaria o subsidiariamente–, por los pronunciamientos de la sentencia que se ejecuta acerca de su intervención en la regularización urbanística acordada por el Tribunal, realizados en razón de lo efectivamente juzgado en cada caso y sometido a la decisión jurisdiccional, a los que responde la ejecución y las consiguientes garantías exigidas para ello. Sin que resulte procedente, por lo tanto, otro planteamiento genérico al margen de las circunstancias del caso y alcance de los correspondientes pronunciamientos de la sentencia que se trata de ejecutar, siempre que los mismos hubieran intervenido en proceso o pudieran haberlo hecho (...) Tampoco se justifica la exigencia de tales garantías a los promotores de las obras a demoler, en cuanto la Sala de instancia no incluye en su sentencia pronunciamientos en relación a los mismos que justifique su imposición, siendo que, por el contrario, existe un preciso pronunciamiento de condena a la Administración recurrente”<sup>70</sup>.

Por lo tanto, el sujeto obligado a prestar la garantía dependerá en cada caso del pronunciamiento que contenga la sentencia que impone la demolición, respecto del grado de intervención en la regularización urbanística de la Administración y/o del promotor de la licencia.

## 5.4

### Los elementos objetivos del artículo 108.3 de la Ley 29/1998

La demolición del inmueble se condiciona legalmente a la previa prestación de garantías suficientes para responder al pago de las indemnizaciones debidas. La redacción dada por el artículo 108.3 de la Ley 29/1998 suscita varias dudas en relación con los elementos objetivos del tipo normativo: la determinación de la clase de garantía que debe prestarse, de su suficiencia exigida legalmente y de la noción de “indemnizaciones debidas”.

#### 5.4.1

#### La determinación de la clase de garantía que debe prestarse

El artículo 108.3 de la Ley 29/1998 se limita a referirse genéricamente a “garantías”, sin especificar el tipo o clase de que se trate.

<sup>70</sup>. STS 1321/2019, de 7 de octubre de 2019 (rec. 5759/2019), fundamentos jurídicos tercero y cuarto.

En este punto, puede hacerse un paralelismo con lo prevenido en el artículo 133.2 de la Ley 29/1998. Nos situamos en la materia relativa a las medidas cautelares que pueden adoptarse con la finalidad de asegurar la efectividad de la sentencia (artículo 129.1 de la Ley 29/1998). Cuando la medida cautelar pueda causar perjuicios de cualquier naturaleza, podrá exigirse la presentación de “caución o garantía suficiente” para responder de ellos (artículo 133.1 de la Ley 29/1998). Pues bien, el mencionado artículo 133.2 de la Ley 29/1998 advierte que “la caución o garantía podrá constituirse en cualquiera de las formas admitidas en derecho”.

De manera paralela, si el sujeto obligado a la prestación de la garantía del artículo 108.3 de la Ley 29/1998 es la Administración, podría ser cumplida dicha obligación, entre otras formas imaginables, a través de la exigencia de un seguro de responsabilidad de la Administración, de un aval bancario o mediante la consignación de partidas presupuestarias<sup>71</sup>.

Asimismo se ha afirmado por parte del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, mediante Sentencia 361/2019, de 25 de junio (rec. 4372/2018), que, “en cuanto al tipo de garantía a prestar, es una cuestión abierta tanto por la legislación por la jurisprudencia, y en la medida en que el auto permite esa elección entre metálico o bienes inmuebles tampoco se observa ninguna contravención legal”.

#### 5.4.2

#### La determinación de la suficiencia de la garantía prestada

El artículo 108.3 de la Ley 29/1998 se limita a exigir que la garantía prestada sea “suficiente”, pero sin establecer indicadores objetivos para medir y valorar la suficiencia exigida.

De nuevo, en este punto, puede hacerse un paralelismo con lo establecido en el artículo 133.1 de la Ley 29/1998. Como ya hemos indicado, en el contexto de la adopción de medidas cautelares, el precepto sirve de habilitación para imponer la prestación de caución o garantía que legalmente se exige que sea “suficiente”. Esa suficiencia se predica en relación con los perjuicios que la adopción de la medida cautelar pueda causar (“para responder de aquellos”). Aunque en referencia a la antigua ley jurisdiccional, el Tribunal Supremo ha afirmado: “La caución exigida ha de ser suficiente y para ello ha de asegurar todas las consecuencias económicas que previsiblemente se

71. Véase MARTÍN PAPIOL, J. F., “Supuestos de demolición con la aparición de terceros de buena fe”, *Revista jurídica de Catalunya*, 1, 2017, págs. 93-118.



derivarán de la suspensión cautelar en el caso de que fracase la pretensión principal del proceso. Por lo cual, ha de compartirse la crítica del recurrente de casación a que la Sala no atendiera a su alegación de que, para cuantificar la caución, no se tuviera en cuenta una cifra que fuera acorde con la previsible duración del proceso y con las obligaciones accesorias que pueden acompañar al débito principal”<sup>72</sup>.

Otra vez razonando en paralelo, el artículo 108.3 de la Ley 29/1998 exige la prestación de una garantía que debe ser “suficiente” en relación con los perjuicios que pueda causar la demolición de la edificación. En otras palabras, respecto a la valoración económica de dichos perjuicios, ya que determinará el importe de la indemnización que, en su caso, sea debida a los terceros de buena fe.

### 5.4.3

#### La determinación de la noción de “indemnizaciones debidas”

La expresión legal “indemnizaciones debidas” ha suscitado dudas interpretativas. Se trata de averiguar a qué indemnizaciones se refiere el legislador y, en concreto, si las garantías exigidas lo son para asegurar un genérico e hipotético deber futuro de indemnizar o bien indemnizaciones ya declaradas y fijadas en su cuantía.

El Tribunal Supremo aborda y resuelve la cuestión estableciendo la siguiente doctrina: el artículo 108.3 de la Ley 29/1998 usa la expresión “indemnizaciones debidas” para “referirse al deber genérico de indemnizar a los terceros de buena fe, que no es consecuencia de una concreta declaración previa reconociendo la condición de tercero y la indemnización que es debida, sino de la valoración de las circunstancias concurrentes de las que se desprenda la incidencia que la ejecución de la sentencia pueda acarrear en cada caso para los terceros en general, de manera que sobre los mismos se proyecta una tutela judicial cautelar o de garantía al margen de la concreta declaración o reconocimiento de su derecho y, precisamente, para asegurar que, producida, en su caso, esa concreta declaración, resulte eficaz y no se vea frustrada de antemano mediante la ejecución de la sentencia de demolición. No se ajusta a esa interpretación la mantenida por la parte recurrente, que considera la expresión ‘indemnizaciones debidas’ como indemnizaciones líquidas, determinadas y exigibles”<sup>73</sup>.

72. STS de 28 de junio de 2002, fundamento jurídico cuarto.

73. STS 476/2018, de 21 de marzo, fundamento jurídico séptimo.

En definitiva, será tarea del juez o tribunal que deba ejecutar la sentencia acordar, atendiendo a las circunstancias del caso (personas y bienes afectados, formas de garantía...), las garantías correspondientes, teniendo en cuenta el principio de indemnidad total sobre el que se articula la institución de la responsabilidad patrimonial, y sin que se trate de un trámite —el del art. 108.3 Ley 29/1998— tendente a declarar ningún derecho indemnizatorio concreto ni definitivo<sup>74</sup>.

#### 5.4.4

#### El “inmueble” a demoler sobre el cual debe prestarse garantía

El precepto analizado prevé la prestación de garantías cuando se declare “contraria a la normativa la construcción de un inmueble”. El primer aspecto a tener en cuenta es que la declaración de demolición deberá ser judicial, por tanto estamos ante un precepto que exige un pronunciamiento previo por parte de un juez o tribunal, y se ubica sistemáticamente en la ejecución de sentencias.

Asimismo, al establecer la noción de “inmueble” debemos descartar que la garantía previa a la indemnización se deba prestar sobre otro tipo de edificaciones, tales como muros, cerramientos de fincas, instalaciones desmontables u otros elementos de urbanización.

Asimismo, el Tribunal Supremo ha declarado que también pueden ser objeto de la garantía del artículo 108.3 de la Ley 29/1998 aquellas obras realizadas sin licencia. Esto es, el ámbito objetivo del citado precepto no únicamente incluye las garantías relativas a las obras realizadas al amparo de una

74. En este sentido se pronunció el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 1 de Santander, mediante Auto de 18 de abril de 2016 y que posteriormente ha sido confirmado por el Tribunal Supremo, al afirmar que “lo que debe tramitar la Administración es la garantía de esas responsabilidades, estableciendo un cálculo de los posibles afectados, los importes y modelos de garantía. Y dado que el precepto no establece límites, bastará una cifra alzada global o podrán individualizarse, siempre a priori esas cantidades, y constituirse, por ejemplo, en cualquiera de las formas del art. 529 LEC, esto es, garantías reales o personales o que pudieran presentar terceros, incluida la Administración personada para colaborar en el cumplimiento del fallo, el Gobierno de Cantabria. Esta figura del afianzamiento de futuras responsabilidades, sin prejuzgar las mismas y de cara al procedimiento, no es algo ni novedoso ni extraño en el ordenamiento y así, por ejemplo, existe en materia de accidentes de circulación, regulándose las obligaciones de afianzar del asegurador y la necesidad de hacer oferta motivada y consignar, en la LEC y en el RDLegis 8/2004. Más concretamente, el art. 9 b) RDLegis 8/2004 contempla una decisión judicial a efectos exclusivamente de la suficiencia o insuficiencia de un tipo de garantía, como es la consignación, ello dejando al margen el asunto de fondo definitivo de las responsabilidades, penales y civiles”.

licencia anulada, sino también aquellas realizadas sin licencia y sobre las que se ordena la demolición<sup>75</sup>.

La justificación dada por parte del Tribunal Supremo es que, en primer lugar, se debe ordenar la demolición de las obras, y que, por ende, se cumple el supuesto previsto en el art. 108.3 Ley 29/1998: “la construcción llevada a cabo sin la oportuna licencia constituye una grave infracción de la normativa urbanística que, cuando no sea susceptible de regularización, como es el caso que aquí se examina, determina que el restablecimiento de la legalidad urbanística ha de llevarse a efecto mediante la demolición de lo construido y reposición de la realidad física alterada, como ha declarado la sentencia objeto de la presente ejecución, lo que constituye un supuesto incluido en el ámbito de aplicación y la consiguiente exigencia de las garantías establecidas en el referido precepto”<sup>76</sup>.

Y, en segundo lugar, porque la responsabilidad de la Administración puede darse tanto por acción (concesión de la licencia posteriormente anulada) como por omisión (no ejercicio de las facultades de control administrativo): “ha de tenerse en cuenta que el control administrativo sobre la regularidad de las actividades de edificación y uso del suelo comprende tanto el aspecto positivo de acomodar las autorizaciones y licencias a la normativa urbanística como el negativo de impedir la realización de actuaciones al margen de las autorizadas o careciendo totalmente de la licencia exigible, de manera que el referido control administrativo puede cuestionarse tanto por acción, concesión de licencias ilegales, como por omisión, por no ejercer las facultades que el ordenamiento jurídico le reconoce frente a las actividades urbanísticas que no se sujetan al previo control administrativo. Así lo reconoce, implícitamente, la Administración recurrente, cuando trata de justificar su falta de actuación y paralización de las obras por las razones que expone”<sup>77</sup>.

## 5.5

### Los elementos procedimentales del artículo 108.3 de la Ley 29/1998

Uno de los principales interrogantes planteados por el artículo 108.3 de la Ley 29/1998 es la determinación de la forma en que debe acordarse la

75. La respectiva cuestión de interés casacional objetiva sobre este punto se admitió mediante Auto del Tribunal Supremo (Sección de Admisión) de 8 de enero de 2019 (rec. 5759/2018).

76. STS 1321/2019, de 7 de octubre de 2019 (rec. 5759/2019), fundamento jurídico tercero.

77. STS 1321/2019, de 7 de octubre de 2019 (rec. 5759/2019), fundamento jurídico tercero.

prestación de garantías suficientes para responder del pago de las indemnizaciones debidas.

El Tribunal Supremo concretó el interrogante de este modo: “si la exigencia de la prestación de garantías suficientes para responder del pago de las indemnizaciones debidas a terceros de buena fe, a la que hace referencia el artículo 108.3 de la Ley Jurisdiccional como condición previa a la demolición de un inmueble ordenada por un juez o tribunal, precisa la tramitación de un procedimiento contradictorio y requiere que tales indemnizaciones hayan sido fijadas como debidas en un procedimiento de responsabilidad patrimonial o en un incidente de inexecución de sentencia con intervención de las partes implicadas, en el que habrá de determinarse la existencia de terceros de buena fe y su identidad, y durante cuya sustanciación no podría llevarse a efecto la demolición acordada por el juez o tribunal”<sup>78</sup>.

La respuesta que ofrece el Tribunal a la cuestión es la siguiente: “consideramos como interpretación más acertada del artículo 108.3, que la exigencia de la prestación de garantías suficientes para responder del pago de las indemnizaciones debidas a terceros de buena fe, a la que se refiere el precepto como condición previa a la demolición de un inmueble ordenada por un juez o tribunal, no precisa la tramitación de un procedimiento contradictorio ni requiere que tales indemnizaciones hayan sido fijadas como debidas en un procedimiento de responsabilidad patrimonial o en un incidente de ejecución de sentencia en el que se declare y reconozca el derecho del tercero y determine la cantidad líquida que resulte exigible por el mismo, sino que se configura como un trámite integrado en la ejecución de sentencia, que consiste en la adopción por el órgano jurisdiccional de las medidas de aseguramiento que resulten suficientes para responder del pago de las indemnizaciones que puedan reconocerse a terceros de buena fe al margen del proceso, medidas de aseguramiento que han de ser valoradas, en su existencia y alcance, por el órgano judicial atendiendo a los datos y elementos de juicio de que disponga y pueda recabar en el procedimiento, resolviéndose las controversias que puedan surgir al respecto, en el correspondiente incidente de ejecución de sentencia, como dispone el artículo 109.1 de la Ley 29/1998”<sup>79</sup>.

En su razonamiento, parte el Tribunal Supremo, tomando como base la doctrina establecida por el Tribunal Constitucional en relación con el derecho

78. STS 476/2018, de 21 de marzo, fundamento jurídico sexto.

79. STS 476/2018, de 21 de marzo, fundamento jurídico octavo. La misma solución se reitera en las posteriores SSTs núm. 905/2018, de 1 de junio (rec. 571/2017), fundamento jurídico tercero; núm. 1673/2018, de 27 de noviembre (rec. 115/2017), fundamento jurídico tercero; núm. 1749/2018, de 10 de diciembre (rec. 137/2017), fundamento jurídico primero, y núm. 46/2019, de 22 de enero (rec. 2048/2018), fundamento jurídico tercero.

a la ejecución de sentencias, de la delimitación del contenido propio de la fase de ejecución y, en concreto, de la determinación de aquello que está excluido por no constituir su objeto: “Queda al margen de la ejecución de la sentencia y los incidentes que puedan suscitarse (...) la resolución de cuestiones que no hayan sido abordadas ni decididas en el fallo o con las que este no guarde una inmediata o directa relación de causalidad, y ello, entre otras razones, porque podría resultar menoscabado el derecho a la tutela judicial de terceros no intervinientes en el proceso, en cuanto vieran efectuadas declaraciones sobre sus derechos al margen del procedimiento declarativo correspondiente, del que no se les puede privar. Además de la razón fundamental, que el procedimiento de ejecución se proyecta sobre el derecho declarado y no tiene por objeto la declaración de otros derechos no cuestionados en el proceso y que no incidan en la declaración y reconocimiento de aquel. En este sentido son numerosos los autos de esta Sala que descartan el pronunciamiento en ejecución de sentencia sobre derechos que no han sido objeto de controversia en el proceso declarativo”<sup>80</sup>.

Trasladando estos razonamientos al supuesto contemplado en el artículo 108.3 de la Ley 29/1998, que es “de ejecución de sentencias en las que, además de declarar contraria a la normativa la construcción de un inmueble, se determine la demolición del mismo y la reposición a su estado originario de la realidad física alterada”, advierte el Tribunal Supremo que, en estos casos, “se aprecia inmediatamente que tales sentencias vienen a resolver aquellos litigios en los que se cuestiona la regularidad urbanística de determinadas actuaciones, que suponen la construcción de inmuebles contrariando la normativa y cuya regularización no resulta jurídicamente posible, lo que determina la orden motivada del órgano judicial de demolición de lo construido”<sup>81</sup>.

A partir de esta constatación, el Tribunal delimita en positivo y en negativo el objeto propio del proceso de ejecución al que se refiere el artículo 108.3 de la Ley 29/1998:

a) En positivo, el objeto del proceso de ejecución es el de asegurar la efectividad del derecho declarado a la regularización de la legalidad urbanística, procediendo a la demolición de lo ilegalmente edificado y reposición a su estado originario de la realidad física alterada: “el marco o ámbito en el que opera el procedimiento de ejecución de la correspondiente sentencia es la efectividad del derecho declarando la regularización de la legalidad urbanística, que ha constituido el objeto de debate en el proceso declarativo, y

80. STS 476/2018, de 21 de marzo, fundamento jurídico sexto, reiterado en la STS 263/2019, de 28 de febrero (rec. 139/2017), fundamento jurídico segundo.

81. STS 476/2018, de 21 de marzo, fundamento jurídico sexto.

sobre el que se ha pronunciado el órgano jurisdiccional, con las garantías propias del procedimiento (con especial referencia al principio de contradicción procesal), y en el que, además, se propicia la intervención de quienes en el desarrollo del mismo puedan hacer valer derechos o intereses legítimos, que tienen igualmente la posibilidad de impugnar el resultado del proceso si se ha desconocido su derecho a ser parte en el mismo”<sup>82</sup>.

b) En negativo, no es objeto propio de este proceso de ejecución la determinación de la existencia, cuantía y sujetos del derecho a la indemnización, que habrá de ser objeto de otro procedimiento distinto<sup>83</sup>: “la determinación de la existencia, cuantificación y entidad deudora en concepto de responsabilidad patrimonial, no forma parte del ámbito propio de la ejecución del derecho declarado en la sentencia, que se refiere a la regularización urbanística y no a la responsabilidad patrimonial de la Administración o, en su caso, la indemnización debida en otro concepto, cuya existencia y alcance habrá de determinarse en el correspondiente procedimiento, con las garantías procesales legalmente establecidas, de manera que el pronunciamiento al respecto en incidente de ejecución de sentencia supondría (...) resolver sobre cuestiones no abordadas ni decididas en el proceso (...) la determinación de la eventual responsabilidad en que pudiera haber incurrido la Administración urbanística, supone introducir un trámite ajeno a la propia ejecución de la sentencia”<sup>84</sup>.

También desde una perspectiva procedimental, se ha suscitado la duda acerca de si es o no necesaria la aplicación del artículo 108.3 de la Ley 29/1998 y, por tanto, que el juez exija la prestación de garantías suficientes, en el caso de que ya se hayan fijado las indemnizaciones debidas en el procedimiento correspondiente, e incluso que ya se hayan pagado.

82. STS 476/2018, de 21 de marzo, fundamento jurídico sexto.

83. Precisamente amparándose en toda la citada jurisprudencia del Tribunal Supremo, el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña revocó un auto del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 12 de los de Barcelona mediante el cual, en ejecución de sentencia, requería al respectivo Ayuntamiento para que “contestase en plazo las propuestas de evaluación aportadas, presentando una valoración alternativa o proponiendo, en su caso, la designación de una prueba pericial para realizar esta valoración, con advertencia de tenerle en otro caso por conforme con las propuestas presentadas a efectos de prestación de garantías”. El Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, mediante Sentencia 729/2018, de 30 de julio de 2018 (rec. 466/2017), lo revocó, al considerar que el art. 108.3 Ley 29/1998 no precisa tal procedimiento contradictorio. Decisión distinta se adopta por parte del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, mediante Sentencia 361/2019, de 25 de junio (rec. 4372/2018), en la cual se avala un auto del Juzgado que prevé unas actuaciones a realizar por parte del Concello de Ourense antes de acordar las garantías del referido artículo, trámites tales como: audiencia a los afectados, incorporación de los datos, propuesta de tipo de garantía...; se avala dicho procedimiento por cuanto se afirma que no se sustrae al juzgador la respectiva competencia, que sigue ostentando un control judicial sobre la decisión (fundamento jurídico cuarto).

84. STS 476/2018, de 21 de marzo, fundamento jurídico sexto.

El Tribunal Supremo centra la cuestión en los siguientes términos: que “en trámite de ejecución de sentencia se obligue a que se garanticen las posibles indemnizaciones a terceros de buena fe afectados por la demolición de viviendas por anulación de la licencias concedidas, y si el expediente de responsabilidad patrimonial culminado con el pago de la indemnización equivale a las garantías a que hace referencia el precepto”.

El mismo Tribunal ofrece la siguiente respuesta: “debemos responder que, sin perjuicio de que la existencia de un procedimiento abierto de responsabilidad patrimonial constituye un elemento indiciario de la existencia de terceros perjudicados a efectos de la fijación de garantías, cuando la Administración por mandato judicial, incluso por iniciativa propia, inicie un procedimiento de responsabilidad patrimonial para fijar las indemnizaciones derivadas de una ilegalidad urbanística, culminando dicho expediente con el abono de las indemnizaciones fijadas en el mismo, resulta evidente que no será preciso el juego del artículo 108.3, dado que los derechos de los terceros afectados no necesitarán ser garantizados, al haber quedado previamente completamente satisfechos”<sup>85</sup>.

Por lo tanto, podría plantearse si la resolución de un procedimiento de responsabilidad patrimonial respecto de los terceros de buena fe vacía de contenido las garantías del citado precepto<sup>86</sup>. Lo anterior puede suceder en un doble sentido; en primer lugar, si se ha reconocido la indemnización y se ha pagado, no será necesario prestar garantía alguna por cuanto se habrán satisfecho los intereses afectados por la demolición. En segundo lugar, si se ha resuelto el respectivo procedimiento rechazando el derecho indemnizatorio y ello ha devenido firme, se podrá argumentar por parte de la Administración que no estamos ante sujetos beneficiarios del artículo 108.3 de la Ley 29/1998.

En definitiva, el Tribunal Supremo ha reiterado que la prestación de garantías del artículo 108.3 Ley 29/1998 no precisa la tramitación de un procedimiento contradictorio, ni requiere que tales indemnizaciones se hayan fijado como debidas en un incidente de ejecución ni en un expediente de

85. STS 868/2018, de 25 de mayo, fundamento jurídico undécimo. Reproducido en la posterior STS núm. 62/2019, de 28 de enero de 2019 (rec. 5793/2017), fundamento jurídico octavo.

86. En este sentido, Sentencia núm. 263/2019, de 16 de mayo de 2019, del Tribunal Superior de Justicia de Galicia (Sección 2.ª, rec. 4125/2018), al afirmar que “en este caso, en el que ya se ha tramitado el expediente de responsabilidad patrimonial, fijando una determinada cuantía indemnizatoria a favor del titular de la licencia, no procede exigir ninguna garantía adicional al amparo del artículo 108.3 de la LJCA, y las cuestiones atinentes a quién efectúa el pago –Concello o aseguradora– no pueden ser decididas en esta pieza de ejecución”.



responsabilidad patrimonial<sup>87</sup>. Dicho precepto no requiere ni comporta un pronunciamiento declarativo de derechos. Únicamente deberá garantizarse<sup>88</sup>, con los elementos de que disponga el juzgador, una hipotética futura indemnización tras el procedimiento que corresponda constituyendo, por tanto, una suerte de justicia cautelar y garantista para los terceros afectados de buena fe<sup>89</sup>.

También se ha suscitado la duda de si corresponde al juez o tribunal exclusivamente promover la identificación y el emplazamiento de los posibles terceros de buena fe titulares de un eventual derecho de indemnización, o por el contrario puede auxiliarse de la Administración<sup>90</sup>.

Pues bien, el Tribunal Supremo ha avalado que los órganos jurisdiccionales se apoyen en las respectivas autoridades administrativas implicadas cual comisario de la ejecución, sin necesidad de decisión o acuerdo alguno de los órganos de gobierno municipales o autonómicos<sup>91</sup>, recordando que el art. 108.1 Ley 29/1998 permite a los órganos jurisdiccionales, para llevar a cabo la efectiva ejecución de sus resoluciones: “(1) recurrir para la ejecución de la sentencia a sus propios medios judiciales, pero, dejando abierta la posibilidad (2) de proceder al requerimiento de la colaboración de las autoridades

87. Esta cuestión entronca, si bien de forma indirecta, con la reciente jurisprudencia relativa al *dies a quo* para reclamar la responsabilidad patrimonial por anulación de licencias que comporten una orden de demolición. El Tribunal Supremo, en su sentencia 1174/2018, de 10 de julio de 2018 (rec. 1548/2017), ha declarado que “—en los supuestos en los que la ejecución de la sentencia implica la demolición de lo construido— la que señala que, como regla general, debe ser la fecha de la firmeza de la sentencia anulatoria del acto o disposición impugnados 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 impugnado”.

88. En este sentido afirma el Tribunal Supremo que “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 1102, 28 de junio de 2018, rec. 1/2016, FJ 4.º).

89. Tal y como afirma Ezquerro Huerva, se trata de una suerte de medida cautelar de carácter peculiar, por cuanto no se adopta para garantizar la ejecución del “fallo”, sino que se adopta “frente al fallo” en aras de paliar determinados efectos negativos que la demolición comporta frente a los terceros de buena fe. Véase EZQUERRA HUERVA, A., “A vueltas con la ejecución de sentencias de derribo que puedan causar perjuicios a terceros de buena fe”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 195, 2018, págs. 67-100.

90. ATS 13094/2017, de 14 de julio de 2017 (rec. 1042/2017).

91. En el supuesto de hecho analizado en la STS 1421/2019, de 23 de octubre de 2019 (rec. 1042/2017), la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Galicia requirió al Consello de Cangas do Morrazo para que, en el plazo de tres meses, identificase a los terceros de buena fe afectados por la demolición del respectivo inmueble, les requiriera los títulos que acreditasen los posibles perjuicios y los aportase a la Sala.

y agentes de la propia Administración condenada o, incluso, en su defecto, (3) de proceder al requerimiento de colaboración de otras Administraciones públicas, si bien con la observancia de los procedimientos establecidos al efecto”<sup>92</sup>.

Por último, surge la duda de si la Administración puede oponerse a la prestación de la garantía del artículo 108.3 Ley 29/1998 invocando una prescripción de la acción para reclamar por parte del tercero de buena fe. El Tribunal Supremo ha respondido de forma negativa afirmando que “la prescripción de la acción de responsabilidad patrimonial habrá de plantearse, en su caso, frente al ejercicio de tal acción y atendiendo a las condiciones de tiempo y forma en que se haya ejercitado”<sup>93</sup>. Dicha interpretación resulta coherente con la naturaleza de este incidente de ejecución, el cual tiene una vocación de justicia cautelar y se exige sin perjuicio de los respectivos pronunciamientos en los procedimientos para depurar las oportunas responsabilidades.

---

92. STS 1421/2019, de 23 de octubre de 2019 (rec. 1042/2017), fundamento jurídico sexto.

93. STS 1321/2019, de 7 de octubre de 2019 (rec. 5759/2019), fundamento jurídico cuarto.